Law Reform Commission of Canada

Working Paper 8

family property

March 1975

©
Information Canada
Cat. No. J32-1/9-1975

Notice

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman

Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman

Dr. J. W. Mohr, full-time member

Dr. G. V. LaForest, Q.C., full-time member

Mrs. Claire Barrette-Joncas, Q.C., part-time member

John D. McAlpine, part-time member

Family Law Project Staff

Julien D. Payne, LL.B., Director

François Chrétien, B.A., LL.L.

Barbara Hough, B.A., LL.B.

Hugh Silverman, Q.C., LL.M.

Consultant

Edward F. Ryan, B.A., LL.B., LL.M.

Table of Contents

	PAGE
Introduction	1
Property Law and Marriage	5
Specific Problems with the Law of Separate Property	9
Primary Approaches to Reform	13
The First Approach: Separation of Property with a Discretion in the Court	14
The Second Approach: Community of Property	19
The Third Approach: Deferred Sharing	27
Some Basic Policy Issues	33
Marital Misconduct and Property Sharing	33
Sharing Business Assets	34
Retroactivity	35
Equality	36
Some Other Considerations	39
The Continuing Importance of Maintenance	39
The Overall Goal of Family Law Reform	39
Conclusions	41
Equality Before the Law for Married Persons	41
An Example of Change	43
Tax Considerations	44
A Restatement of Principles	44

Introduction

In this paper, the second of a series of published working papers on family law, the Law Reform Commission of Canada examines the law governing the property relations of married persons, and sets out the major alternatives to the present law. It should be noted that the present property laws affecting spouses are provincial laws, falling within the scope of provincial power to pass laws in relation to "property and civil rights". Our interest in this area is fourfold. First, legislative jurisdiction over "marriage and divorce" is assigned to the Parliament of Canada. Under this head of power, Parliament has legislated in relation to divorce and has provided for divorce maintenance orders in favour of the economically weaker spouse as well as the children of the marriage. It is apparent that questions relating to maintenance cannot be satisfactorily resolved in isolation from issues relating to property rights. A family is an economic unit, and the law should allow a court in divorce proceedings to deal in a comprehensive and coherent fashion with all economic aspects of the family when the marriage is terminated. This includes matters of property as well as matters of maintenance.

Second, while we recognize certain possible constitutional limitations upon direct federal legislative involvement in this field of law, we see a federal responsibility to raise these issues with a view to promoting uniformity, consistency, or at least compatibility among the several provincial regimes regulating matrimonial property rights. It is certainly in order to suggest that federal initiatives would be desirable as a way of encouraging and assisting the provinces and territories to focus their attention on the direction in which the law should move with respect to both property and maintenance questions upon the dissolution of marriage. In addition to playing a role in the coordination of federal and provincial efforts in this field, close federal-provincial cooperation will be necessary in order to ensure that the *Divorce Act* remains abreast of and compatible with new developments affecting matrimonial property law that may be undertaken by the provincial and territorial legislatures.

Third, although studies of matrimonial property problems have been conducted or are under way in Alberta, British Columbia, Ontario, Quebec and Saskatchewan, as well as in the Northwest Territories, not

all provinces and territories have found it possible to devote resources and personnel to this task. We are of the view that federal research can be useful to those jurisdictions in Canada that have not yet been able to conduct studies of their own.

Fourth, in a matter of this nature, that transcends the divisions of legislative jurisdiction and affects every married person in Canada, we are of the view that the Law Reform Commission of Canada has a responsibility to assist Canadians in informing themselves about the present generally unsatisfactory state of the law, and to set out the major alternatives so that interested members of the public may express their views.

We wish to make it clear that the aim of this paper is not to attempt to arrive at a federal solution to problems which in some aspects fall within federal legislative jurisdiction and in others, under provincial and territorial jurisdiction. It would be possible to amend the *Divorce Act*, subject to constitutional limitations, to provide for property distribution on divorce, just as it would be possible to amend that Act to accommodate property distribution schemes developed by the provincial and territorial legislatures. At this point, however, we believe the priority is to identify what can or should be done in this vital area in an atmosphere that is unclouded by manoeuverings for or assertions of constitutional supremacy by either level of government. The value of some substantial changes in the laws governing matrimonial property rights and relationships will speak for itself. Once this has been considered by the governments of all affected jurisdictions in Canada, we trust that the desirability of appropriate cooperative action will call into being the necessary mechanisms for achieving the goal of major reforms in this area.

Family property law reform is inseparable from the fact that the present law is in many aspects a relic of centuries of a different concept of the status of women. There are historical, religious, legal, economic and political reasons for this which can be used to explain the present state of the law. But when weighed against the demands of simple justice for all persons, regardless of sex, none of these reasons or explanations provides any justification for perpetuating the existing legal inequalities. The conscience of Canadians was shocked by the application of the present law in the recent Supreme Court of Canada decision of *Murdoch v. Murdoch*, in which a married woman unsuccessfully sought to obtain a property interest in a valuable ranch to which her husband held legal title. The Court dismissed her contribution of work and management, which was about the same as her husband's, as being what was expected of an ordinary ranch wife in any event. The fact

that she was as responsible as her husband for the value of the property did not give the Court any grounds for interfering with his legal title. When the law requires such results, then nothing could be more apparent than the fact that such law is no longer tolerable in a society that professes its laws to be both humane and just. We associate ourselves with the concept of equality before the law for married persons of both sexes and believe that it is the coherence and justice inherent in the concept of legal equality that gives the true substance to the argument that there is a need for significant change in the law governing family property relations.

In this paper we confine ourselves to unions in which the parties are legally married, to the exclusion of other relationships that resemble marriage in all respects except for the absence of the legal bond. There has been much written about the changing nature of the family, and it may well be that at some future time it will be necessary to consider the problems of persons who are "attached" but not married. Our present task, however, is limited to an exploration and analysis of the ways in which the traditional institution of marriage can be strengthened through changes in the law that are in most cases long overdue.

Marriage is an economic, emotional and cultural partnership. The family unit is the most important institution of our society. When the laws governing the relationships between married persons are examined—particularly those laws dealing with property—it is apparent that they are almost totally inadequate either in strengthening the foundations of the modern family or in ensuring the dignity and stature of each of the partners. Only one jurisdiction in Canada—the Province of Quebec—has undertaken any thorough reforms in its family property law during this century, and only two others—the Northwest Territories and British Columbia—have taken significant legislative steps in this direction. In the common law provinces and territories married persons are all subject to the regime of "separate property". The separate property system is also available in Quebec as an alternative to its newly created property regime which provides for a sharing of assets upon the termination of a marriage. Our concern in this working paper is to examine the basic deficiencies of this law of separate property, with emphasis upon the majority of those common law jurisdictions where it has not been modified and in which it has existed as a body of law, doctrine and dogma, essentially unchanged for almost one hundred years. Since we are dealing with a system that exists in every province and territory, with individual variations in each jurisdiction, our observations must necessarily be general rather than specific. But in this case we are of the view that generality is sufficient, on the simple ground that many essential concepts of the separate property tradition,

and the legal consequences for husbands, wives and children that follow from those concepts, are no longer acceptable in Canada today. Taken as a whole, as we shall take it, the regime of separate property today is unfair and inequitable because it fails to protect human values that have long since been recognized and secured in other areas of our law.

This, of course, has not always been the case. The separate property laws of the Victorians were well-suited to the conditions they were designed to meet. For their day, they accurately reflected the cultural preferences and economic realities of the society as it was found one hundred years ago. The laws of separate property only become bad laws when they are expected to accomplish things they were never designed to do, such as providing an adequate basis for the institution of marriage in a world that is different in an endless number of ways from the world that existed when those laws were originally formulated.

We feel constrained to emphasize that reform in this area of the law cannot be successful if it is conceived of as a need to impose a new philosophy upon people who, for better or for worse, have ordered their lives on the basis of the old. While tomorrow must be served, yesterday should be respected. Our aim is not to make divorce a more attractive prospect, but rather to strengthen existing marriages by proposing certain alterations in legal structures that we identify as harmful to this end, and to provide a legal framework that will enable Canadians to construct better marriages in the future.

This area of law affects many different persons in many different ways. Consequently, opinions will differ on the questions of what reforms are necessary or desirable, how they should be implemented and whom they should affect. We urge all persons to whose attention this working paper comes to express their views to the Commission. Such indications of opinion will be invaluable to us in the task of dealing with family law reform, and we emphasize that we welcome all opinions.

Property Law and Marriage

The law of separate property operates to assign ownership of property to the person who pays for it. If it were not essential in a family that one spouse provide primary care for children, this provision of the law would make very little difference to the respective property positions of married persons. Each could earn money and each could buy and own property. Indeed, this is one of the bases of the theory of separate property. A married man's earnings, and property purchased from those earnings belong to him, and his wife's earnings and property bought with her earnings belong to her. But for so long as children have a need for attention, affection and supervision, those spouses to whom the task of child care falls, and here we are referring almost exclusively to married women, will be effectively prevented from being able to obtain legal ownership of property in their own right. The law of separate property, with its doctrine of "what's his is his and what's hers is hers", provides formal equality. But when viewed against Canadian society today, this is obviously only a theoretical concession to equality based upon nineteenth century laissez-faire economics. The rhetoric of equality is there but not the reality.

The needs of children present an inevitable problem, where the division of function in marriage is concerned, that adversely affects the property position of married women. But there are also several relative problems that are no less compelling. Since the view of women as dependants and housekeepers has been almost an article of faith in Canada for so long, even the married woman with no responsibilities towards children may never have seen herself as, or been raised or educated with a view to being, a permanent member of the labour force. She may be psychologically unprepared for work outside the home, and even if not, and if she has the proper training and skills, she may be unable to find a job suited to her abilities at a salary that would attract a man of similar background. The lack of true economic opportunity for women in Canada—in the sense that men have true economic opportunity—is a notorious and unfortunate reality. This is in turn reflected in, and accounts in part for, the fact that many married women are in an inferior position to their husbands in the matter of ownership of property.

The possibility that married women will stop work in order to bear and raise children may furnish some explanation for the reluctance of many employers to train and promote them to positions of higher responsibilities and salaries. It may also account in part for the fact that important family purchases are often made in the husband's name. Since a woman's earning ability would be interrupted by the birth of a child, while her husband is expected to work continually for all of his adult life, it follows that sellers of property would prefer to deal with husbands and not wives. This is reinforced by legal provisions in most Canadian jurisdictions that make married women worse credit risks for sellers than single women, or men whether married or single.

As was pointed out by the Royal Commission on the Status of Women, there exists a strong cultural bias in Canada in favour of the stay-at-home wife that goes hand in glove with the legal dependency status of married women. And even if a wife overcomes this problem and takes a job, she may be discouraged in the pursuit of her own career by finding that the burden of housekeeping for herself and her husband still falls mainly upon her, since many men are neither trained nor psychologically prepared to assume these duties, having their own cultural biases to contend with.

None of these factors may be significant in some marriages. Yet in most marriages these things, in some combination or another, operate to ensure that more property is bought with the funds of husbands than wives. And following from this, the law of separate property ensures that when marriages end, husbands own more property than their wives. Such a fundamental economic imbalance is not, in our view, paralleled by any significant differences in the contributions that each spouse makes to a marriage. It is not necessary or desirable to attempt to approach the problem from the perspective of "how much is a housekeeper worth in relation to a chemical engineer?" or "what is the value of a wife's child-care services to a semi-skilled worker on an assembly line?". The fact is that in the great majority of marriages the spouses assume equivalent though different duties equally taxing to each and of equal importance to the family.

The law has traditionally interpreted "value" as meaning the price that services would command in terms of wages. We believe that where the family is concerned, the law should put behind it this narrow assumption that money is the single and exclusive measurement of value that is relevant in determining property rights between husband and wife. Instead, it should be concerned with the more fundamental question of the fairest way for equality in property matters between husbands and wives to be guaranteed by law, regardless of traditional or

market place inequalities, and regardless of the role assumed by either spouse in the accomplishment of functions necessary to the family. The law is capable of protecting human dignity and fostering equality between the sexes and not just a mere mechanical preservation of the more tangible forms of wealth known to our society. It is time that these finer capabilities of the law became its goal rather than its shame, with the emphasis shifted away from a sterile inquiry into who earned what and who bought what and into the more fruitful realm of ensuring that what is fair in the context of the family unit is what the law requires.

This goal cannot be achieved under the law of separate property as it now exists. The assumptions behind that law are out of step with the facts of twentieth century life and twentieth century community attitudes towards marriage. Its shortcomings are manifested during marriage primarily in a psychological sense. Many dependent married women do not own or have rights in much of the family property—they merely use it with the tacit permission of their husbands. The price a dependent married woman pays for being supported according to the means and lifestyle of her husband is not measured in terms of relative comfort. Rather, in spite of generally being raised to accept this as the natural order of things, the cost to the dependent married woman of the separate property system is paid in the coin of individuality, identity and self-esteem. When a marriage ends in divorce, as increasing numbers now do, these intangible deficiencies are transformed into harsh economic realities. A dependent wife may own at the time of divorce literally little more than the clothes on her back, regardless of how much property is held by her husband or what property was mutually used and enjoyed during the marriage.

We do not wish to be understood as characterizing marriage as being merely a business arrangement, because it obviously is far more than that. We are in full agreement with the position that there is more to marriage than property rights at the time of divorce. By the same token, however, there should be more to property rights at the time of divorce than a legal inquiry that ignores everything about the work that goes into a marriage other than work performed for wages.

Specific Problems with the Law of Separate Property

Some basic defects in the law of separate property can be illustrated by examples of how the courts are required to apply that law. If during the course of a marriage the husband works and the wife stays home with the children, on divorce the wife will not have any share in any of the property purchased from the husband's earnings. The assumption behind this result seems to be that since she has been supported for part of her life—that is, she has not had to do any work for wages—then the law should not give her any share in property that was purchased out of wages. The law of separate property does not have any means for measuring, in terms of property rights, the value to her husband, her family and society of her work as a housekeeper or mother.

A married man is required by law to provide his wife and family with the necessaries of life: food, shelter, clothing. Since most employment occupies normal shopping hours, the task of making routine family purchases is usually undertaken by the wife, using money furnished by her husband. Everything she buys this way becomes her husband's property. If, through prudent management, the wife is able to save money out of her household allowance, such savings and any property purchased with them, belong to the husband. The law of separate property does not even go so far as to find that the spouses have a joint interest in savings from a household allowance.

If both spouses work, the law of separate property has no effective ways to treat the family as an econ mic unit. Rather, the courts are obliged to trace the ownership of property to the spouse who was the source of the funds with which it was purchased. This becomes most harmful where the earnings of one spouse have been used to pay for property while the earnings of the other have been used for consumables such as holidays, food, children's clothing and so on. Because of the limitations mentioned earlier on credit available to married women, and the less-certain continuity of married women's income, it is most often the husband's money that is used for charge account purchases, car payments, mortgage payments, and the like. It is legally immaterial to the question of who owns property that a wife's earnings have taken up enough of the slack in a family budget to allow a husband to be able to make payments on property. The law does not look at the whole

picture of the family finances in determining ownership, but only at whose money paid for each particular asset. This rule can work both ways, so that it is not always the wife who suffers the disadvantage. The point is not whether more wives or more husbands will take a loss in this situation, but rather that the spouse who produced sufficient additional income to allow the other to acquire property must take any loss at all.

If both spouses work and contribute to the purchase of property, other rules come into play that tend to make the determination of ownership somewhat fairer. Generally speaking, if each spouse contributes money to the purchase of an asset, each will have a share, either in proportion to the amount of money he or she put up, or, where the court finds the spouses intended to share equally, an equal share. In many cases where equal sharing has been ordered by a court, the evidence of intention to share equally is highly equivocal, since most married people tend to operate on the basis of unspoken understandings rather than formal arrangements made at the time property is purchased. There is a recent trend in modern Canadian law for the courts to find that married persons intended equal sharing once some financial contribution by both spouses to the purchase of property is proved, regardless of the inequality of the contributions. The courts say "equity is equality". In our view, this tendency towards equality represents an attempt by the courts to compensate for the inability of the traditional law of separate property to produce fair results in situations where a wife's time has been mainly taken up by caring for children and household management, with only temporary periods of employment.

In order to have any sharing, however, there must always be a direct financial contribution by both spouses to the acquisition of the property. No doctrine exists that the value of a contribution towards the family home, farm or business by way of management, physical labour, cooking, housekeeping, or child care is sufficient to give a spouse making such a contribution—and these are almost invariably wives—any share in the business, farm, home or property.

It is, of course, always possible for one spouse to make a gift of property to the other. This is the way in which a non-earning wife gets any claim to assets purchased out of her husband's income, and is the one area in which the law of separate property has recognized and to some degree compensated for the propertyless position of the dependent wife. If a husband buys property out of his earnings and takes the title in the joint names of himself and his wife, he is presumed in law to have intended to make a gift to her of one-half of the value of the

property. Similarly, if he buys property in her name, the law presumes that he has made a gift of the entire property to her. This is called the "presumption of advancement" and applies only in one direction: if a wife buys property from her earnings and takes the title in joint names or in her husband's name alone, the presumption is that she retains the full interest, and that he holds the property, or a share in it, as a trustee for her. This is the presumption of "resulting trust". Both presumptions can be rebutted by evidence showing that the intention of the purchaser was different from what is presumed, but in the absence of such evidence wives take property purchased by their husbands under these conditions as gifts, while they retain the full beneficial interest in property that they have purchased and placed in their husband's names.

These presumptions—particularly the presumption of resulting trust—have been recognized by the courts as sexually discriminatory and their force has been largely eroded in recent years. There may have been a time when it was recognized as unthinkable that a married woman would give property to her husband, but this was during an earlier age when husbands took most of their wives' property and earnings by operation of law. We think, today, that a rule such as that of resulting trust embodies a patronizing and unnecessarily protective attitude towards married women, and that better alternatives exist for the law to strike a balance between the property positions of husbands and wives.

It should be mentioned that neither the presumption of advancement nor of resulting trust ever applied in Quebec under the circumstances described above. Until quite recently, gifts between spouses were prohibited by law in that province.

Other and more overt instances of discrimination based upon sex exist in the law of separate property. As we have already pointed out, the laws of most provinces impose the obligation to maintain a dependent spouse only on the husband. However, the wife's right to be maintained by her husband or to pledge his credit for necessaries is subject to a "morals test", whereby if she commits adultery or deserts her husband, she loses her rights. Adultery can also cost a wife her dower rights in those provinces where this right exists, can prevent her from taking a full share in the estate of her husband where he died without leaving a will, and can prevent her from receiving a share of his estate after his death if he made no provision or only an inadequate provision for her in his will. In general, no similar disqualifications are placed by law upon husbands after the deaths of wives. The law of separate property is, first and foremost, the law of the double standard.

There can be no doubt that this whole body of law, of which we have mentioned only a few examples, needs a thorough overhaul. The remainder of this working paper is devoted to a consideration of the directions in which meaningful reform might travel. The basic premise we have adopted is the need to put behind Canadian law, once and for all, invidious discriminaiton based upon sex and to found reforms on the principle of equality between husbands and wives. The law will, of course, still have to make distinctions—this is inseparable from the nature of law itself. Where this is necessary, however, distinctions should be made on the basis of the functions actually performed by a married person, according to the way the spouses have agreed to divide up the necessary duties of wage earning, child care, household management, and so on. It should no longer be presupposed by law that a certain role will fall to the husband and another to the wife. Following from this, the law should attach equal value to the duties within the marriage performed by each spouse, without putting the wage-earning spouse in a preferential position when ownership of property falls to be determined.

Although it is outside the scope of this working paper, it is clear that such a fundamental shift in the law of separate property should be accompanied by parallel reforms in all those other areas where differences in rights, obligations or opportunities exist, depending upon whether the person affected is a married man or a married woman.

Primary Approaches to Reform

There are three primary approaches from which to choose when significant reform to the present law of separate property is sought.

First, the law of separate property could be retained, but the courts could be given a discretionary power to transfer property from husband to wife or wife to husband at the time the marriage is terminated by judicial process.

Second, the law of separate property could be replaced by a system under which each spouse would have co-ownership of all property acquired by either spouse between the day the marriage began and the day it is terminated. The common property would be divided equally between the spouses at the end of the marriage.

Third, the law of separate property could be retained to the extent that property continues to be owned by each spouse separately during marriage, but when the marriage is terminated, the spouse who had acquired the lesser amount of property during marriage would have a right to equalization—that is, for example, at the time of divorce the court would order the spouse with the larger amount of property to transfer either money or property to the spouse with the lesser amount, thereby equalizing the position of the spouses.

In addition to major changes of the sorts just described, legislative attention should be directed toward some particular areas in which immediate improvement can and should be made. It is not necessary to create an entirely new alternative property regime in order to get rid of many of the instances of overt sexual discrimination that are found in the law of separate property. For example, a bill was introduced in Ontario in 1974 declaring that husbands and wives had "independent, separate and distinct" legal personalities and, in order to eliminate legal disqualifications imposed upon married women, it was provided that every married person has the same legal capacity as a single person. The purpose of these declaratory provisions is stated in the legislation as being:

> to make the same law apply, and apply equally, to married men and married women and to remove any difference therein resulting from any common law rule or doctrine. . . .

This is, of course, only an initial step in the reform of the discriminatory inheritance from the law of separate property. In our view, however,

it is a good example of what can be done now, pending the completion of the far more difficult task of formulating fundamental alterations in, or a replacement for, the separate property system.

Another example of reform that could stand independently would be the creation of a special property regime for the matrimonial home and its contents. Such a regime could be superimposed upon the present law of separate property, or combined with any of the major alternatives to that law. Because the matrimonial home is usually the single most valuable property acquired during marriage, and because of its unique character as the shelter and centre for the family, we are of the view that special rules should apply to it and its furnishings. These rules should have the effect of giving both spouses, regardless of which one owns the home, an equal share in its value, and giving both an equal voice in major decisions affecting it: borrowing money using the matrimonial home as security, selling the home, and questions relating to its use and occupation. A similar general principle should apply to the furnishings of the home, so that they could not be removed by the spouse who owned them without the consent of the other, or otherwise dealt with as if they were ordinary items of property, unaffected by any overriding family interests.

It should be noted that the combinations of possible reforms extend far beyond the three primary approaches described above. A family property system can be tailored to meet virtually any set of individual, community and social interests a legislature is prepared to recognize or advance. The importance of this field of choice cannot be overstated —no area or individual rule of law prescribing property and financial relations between spouses, either as we have received it from the past or as this Commission has considered it might be changed, is graven on stone. Changes should be made whenever necessary to serve the interests of fairness and equality that are pressing for recognition in Canada today. We turn now to the principal approaches to reform.

The First Approach: Separation of Property with a Discretion in the Court

The basic principle of this approach is that the law of separate property would be retained, so that ownership of property would remain with the spouse who paid for it. Upon termination of the marriage pursuant to a court order, however, the court could exercise broad powers to order one spouse to transfer property to the other or to pay money in lieu thereof. The same power with respect to property would also be exercisable for the benefit of children of the marriage.

England, New Zealand, British Columbia and the Northwest Territories have all recently adopted property regimes of this sort. Our discussion will focus primarily on the English model, mainly because the new discretionary property laws in Canada have only been in operation for a very short period.

In England, discretionary powers of the sort described are exercisable by the court at the time of the granting of a decree of divorce, nullity or judicial separation, or any time thereafter. It is worth noting that the English courts consider the question of maintenance at the same time and according to the same criteria as the matter of a final property settlement between the spouses.

In Canada today, with the recent exception of British Columbia and the Northwest Territories, a court granting a divorce to spouses governed by the law of separate property has discretionary powers only with respect to maintenance; it has virtually no power to interfere with the title to property. In our view the family partnership cannot be wound up in a satisfactory manner so long as the courts are limited to maintenance in adjusting economic imbalances flowing from the marriage. This combination of poor economics and unwise social planning adds up to bad law—something emphasized by the fact that England has now repudiated some fundamental aspects of the system of family property laws that Canada and many other countries acquired from it.

The English courts are empowered to make orders for the maintenance of family dependents and may also order the transfer or settlement of property for the benefit of either spouse or the children of the family. The court is required to exercise these discretionary powers so as to place the parties, so far as practicable, and having regard to their conduct, in the financial position in which they would have been had the marriage not broken down. In addition to these general criteria, the court is required to have regard to the following circumstances:

a. the income, earning capacity, property and other financial resources which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;
b. the financial needs, obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;
c. the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage;
d. the age of each party to the marriage and the duration of the marriage;
e. any physical or mental disability of either of the parties to the marriage;
f. the contributions made by each of the parties to the welfare of the family, including any contribution made by looking after the home or caring for the family; and
g. in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, the value to either of the parties to the marriage of any benefit (for example, a pension) which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring.

It is significant that the court considers the "income, earning capacity, property and other financial resources" of *each* of the spouses. While it is true that this statute does away with the tradition of unassailable vested property rights—a fact that is of greatest significance to husband-wage earners—it also, through focusing upon the financial means and abilities of each spouse, effectively cuts away at the folklore that marriage provides a lifetime economic shelter for women, regardless of their abilities to provide for themselves.

A second very significant feature of this law lies in its emphasis upon the contributions made by eacn of the parties to the welfare of the family "*including any contribution made by looking after the home or caring for the family*". This amounts to a legislative recognition of the obvious fact that where there is a division of function in a marriage, as there generally is, those tasks of household management, child care and similar duties usually performed by wives should be of equivalent dignity and value in the eyes of the law as the provision of a financial contribution through paid employment outside the home. We are convinced that this is evolutionary rather than revolutionary, regardless of how heretical it may appear to those who prefer to keep traditional property concepts, and the effect that those concepts have upon human beings, in separate compartments. That it may even be debated seriously at this stage of the twentieth century is merely another illustration of how easily legal orthodoxy becomes a prison from which justice must ever try to escape.

The new direction taken in England does not mean that property rights between married persons are determined other than according to the principles of law. Rather, it means that where marriage is concerned, Parliament has determined that new and fairer principles of law shall govern.

We do not propose to go into detail respecting the distinctions and similarities among the new laws conferring discretionary powers over matrimonial property now in force in England, New Zealand, British Columbia and the Northwest Territories. The interested reader is referred to the study paper prepared by this Commission's Family Law Project for a comparison and analysis. For present purposes it is sufficient to say that the new laws in each jurisdiction give the courts power to make property adjustments in the context of marriage that have heretofore been impossible under the conventional law of separate property.

A discretionary property regime, while simple in concept, raises difficulties of some magnitude, both in terms of general policy and concrete application in individual cases. Perhaps foremost among these

is the question of the effect that the conduct of the spouses should have upon their rights to property sharing. Two different approaches are reflected in the English and New Zealand statutes. New Zealand law provides that:

> in determining the amount of the share or interest of the husband or the wife in any property or in the proceeds of the sale thereof, [the judge] shall not take into account any wrongful conduct of the husband or the wife which is not related to the acquisition of the property in dispute or to its extent or value.

Sexual misconduct, and such questions as whether a married person has been "a good husband", "a wastrel", or whether a spouse has succeeded in living up to the court's view of what is expected of, for example, "an ordinary ranch wife", are simply disregarded as irrelevant in property settlements between husbands and wives in New Zealand, unless the conduct in question is in some direct way related to the property that forms the subject matter of the court hearing. In England, on the other hand, when apportioning property between spouses the court is specifically directed to consider their conduct in a much broader sense. Matters such as adultery and guilt or blame for the termination of the marriage are thrown into the scales to be weighed against whatever value is attached to evidence of sobriety, being a good provider, successfully rearing children, and all of the other activities that comprise the history of a marriage. The English courts have not particularly welcomed the task of having to translate human strengths and weaknesses into property awards, and have therefore adopted, by means of judicial interpretation, the position that misconduct should not affect a property settlement between spouses unless it has been "both obvious and gross".

Another potential disadvantage of a discretionary system lies in its lack of certainty or predictability. Many of the factors that must be taken into account in the exercise of discretion are highly subjective, and judges no less than others, differ in their subjective evaluations, and on questions of what values should be applied to what facts. If conduct of any sort is to have some effect in a discretionary property system—and this will almost certainly be the case—then it is inevitable that different judges will hold differing views on the consequences of certain conduct. A discretionary system therefore invites the practice of "judge-shopping" by lawyers—something that will always result in a disadvantage to one or the other of the parties and which tends to clog court calendars with frivolous motions and attempts to delay the due process of law. Again, because subjective judgments are required in such a system, cases that are apparently identical in their material aspects may be treated differently, thereby giving the appearance, if not the reality, of injustice.

Another drawback to a discretionary system lies in its lack of fixed legal rights. Even were equality to be stated as a general legislative policy, the essential nature of judicial discretion would leave the court free to make whatever sort of property disposition seemed to be appropriate in any given case. A married person would not have a *right* to equality, but only a *hope* to obtain it. If no concept of equality were contained in the law establishing a discretionary system, then it would be accurate to say that a married person would have no property rights at all at the time of divorce. Our concern here is not limited to the way things would work out in practice, since the courts would do their best to ensure that arbitrary dispossession did not occur. Rather, it includes the phychological advantage that accrues to a person who knows he or she has a positive right that is guaranteed and protected by law.

It must be assumed that if the legislature does not write the law in terms of fixed rights, the courts will eventually work out a series of "ground rules" for their own guidance as to how discretion should properly be exercised in different classes of cases. Until such matters of judicial policy were settled, the uncertainty that would lie over this area of the law would tend to make married persons turn to the courts for resolution of disputed property questions. Once the general policy was hammered out over a series of decisions, which could take years, the spouses' lawyers would be able to advise their clients as to how their affairs would be settled in court and could come to property agreements on that basis. Until such time, however, the system would tend to attract litigation. Further, the burden of litigating would, in our view, fall most heavily upon the non-owner spouses, since they would be placed in the position of having to establish generally unprecedented claims upon property owned by another.

The greatest advantage of a discretionary property system lies in the fact that this would be the easiest system for any separate property jurisdiction to adopt. This system would not be legally radical, however it may be characterized in social or economic terms, nor would it require any substantial re-ordering of affairs by married persons.

Such a system would also be the most flexible of the three primary approaches discussed in this working paper. Since we favour the principle of equality, we view flexibility as being of importance not as a means for encouraging the courts to depart from approximately equal sharing upon divorce, but rather as a device to allow the courts to deal fairly with the difficult problems that will arise during a transition period following the introduction not only of new property rules but also new maintenance concepts and other readjustments within the family economic structure.

A discretionary property system, as opposed to a "fixed-rules" system, would probably be the most difficult regime under which to unfairly avoid sharing. Where fixed rules exist, it may be possible for a married person, by careful manipulation of those rules, to so arrange his or her affairs as to avoid sharing property with a spouse. Fixed rules tend to attract the letter of the law, while discretion brings forth its spirit.

Making proper provision for children may also be easier under a discretionary system than under a system of fixed rules. Under any sort of property-sharing regime, it should be possible for the court to order a property settlement or disposition for the benefit of a child of the marriage. What is in the best interests of any particular child is a unique question of fact, not of law, and it would be very difficult to devise a legislative formula for dealing with such a question that did not involve a large measure of judicial discretion. If discretion is exercised in favour of a child, thereby affecting the property position of one or both parents, then it follows that fairer results would be more easily attained if the court had a discretion to ensure that what is done for a child does not result in a heavier burden on one parent than the other.

A discretionary property system would not need to contain any rules that would classify some property as sharable and other property as non-sharable. The court would be free to examine the whole economic picture of the family rather than being confined, for example, to dealing solely with assets acquired during marriage. On this point, while it may be a reasonable legislative policy to say that sharing should only apply to property acquired after marriage, there may be certain cases where such a fixed rule would not be appropriate. A discretionary system could simply leave the question open as to what property was sharable, leaving it up to the court to ensure that justice is done in any special case.

The Second Approach: Community of Property

The community property concept of marital property rights is based upon the assumption that marriage, among other things, is an economic partnership. As such, the partnership, or community, owns the respective talents and efforts of each of the spouses. Whatever is acquired as a result of their talents and efforts is shared by and belongs to both of them equally, as *community property*.

Community property regimes exist in Quebec, in many European countries and in eight of the United States. Quebec's community

property regime, like the separate property regime in that province, is an option available to married persons who choose not to be governed by the basic regime providing for separate ownership of property during a marriage, with fixed sharing upon divorce.

The essential idea of community of property is very simple: the earnings, and property purchased with the earnings, of either spouse become community property in which each spouse has a present equal legal interest. Where the community is terminated—for example by divorce—the community property, after payment of community debts, is divided equally between the spouses. The community is also terminated by the death of a spouse, and in some jurisdictions, including Quebec, by an agreement between the spouses to switch to some other regime or to regulate their property relations by a contract. This simple formula conceals some rather complex rules. We can do no more in this paper than touch upon the general principles and a few of the major problem areas involved in community property systems without dealing with finer points in any great detail.

Under community regimes, there are three kinds of property: the separate property of the husband, the separate property of the wife, and community property. Typically, the property owned by either spouse before marriage is the separate property of that spouse, along with property acquired after marriage by a spouse by way of gift or inheritance. Separate property is not shared at the time of divorce, but rather is retained by the owner-spouse. All other property, however acquired, becomes community property, in which each spouse has a present interest as soon as it is purchased or obtained, and an equal share in its division upon divorce. In some jurisdictions, someone giving property to a married person must specify that the property is to be the separate property of the recipient. Otherwise it will be treated as a gift to both spouses, even though it is only given to one, and will become community property. In the Province of Quebec, some types of property owned before marriage become community property, but it is possible for persons giving such types of property to a single person to make the gift on the condition that it remain the separate property of the recipient should he or she thereafter marry under the regime of community property.

Under a community property regime, all property owned by either spouse at the time of a divorce is generally presumed in law to be community property unless it can be proved to be separate. In many marriages the spouses will not have adequate records of ownership or the source of funds used to acquire property. This produces the legal phenomenon of "commingling"—that is, the separate property of each

spouse eventually becomes mixed with that of the other spouse and with the community property, resulting in all the property being treated as sharable community property at the time of divorce Commingling makes it impossible for the spouses to establish that certain items of property were owned before marriage, or otherwise fall into the classification of separate property.

Community property regimes, however, are enacted into law on the assumption that commingling is not what most people desire, and they therefore contain rather elaborate rules and formulae designed to deal with the fact that married persons will be using and enjoying the three different types of property created by the law of this regime—that is, the husband's separate property, the wife's separate property and the community property. These rules and formulae tend to make the essentially simple concept of community of property a rather complicated system in practice. For example, one typical rule is that property acquired after marriage in replacement of separate property does not become community property. This means that a spouse who wishes to replace or keep replacing property that was owned before marriage must keep an account and record of every transaction, so that at the time of divorce items purchased after marriage for which separate property status is claimed can be traced back to the original property owned before marriage, and can be shown to be replacements for such original property. If a person does not have adequate records, the replacement property will be presumed to belong to the community and shared between the spouses when the marriage is dissolved.

Even assuming that the separate property of a spouse can in fact be kept identifiable, it is necessary to have rules governing the situation where community funds are expended with respect to such property. If, for example, a husband owns a house as separate property and has it repaired, using community funds, the community property is entitled to reimbursement at the time of divorce to the extent of the value of the repairs. Or if he sells the house and buys another, using for the purchase some community funds plus proceeds of the sale, the rule might be that if more than fifty percent of the price of the second house came from the first house, it remains separate property subject to an appropriate compensation to the community upon divorce. If more than fifty percent of the price of the second house came from community funds, then it loses its character as separate property and becomes community property. In the latter case there would be a compensation paid from the community at the time of divorce to the husband's separate property equal to the amount realized on the sale of the first house. When it is recognized that most families only have available the earnings of one spouse, which belong to the community,

and that many items of separate property over the course of a marriage would be maintained and repaired out of these earnings, or sold and "traded up" for newer property using the proceeds of the sale of the separate property plus community funds, then some of the practical difficulties in accounting during the marriage and sorting out community and separate property at its termination become readily apparent.

In some community property jurisdictions, the income produced by a spouse's separate property (such as the profits from renting an apartment house owned separately by one spouse) becomes community property. In other jurisdictions, the rule is the other way, so that a spouse is entitled to keep such income separate so long, of course, as he is able to establish at the time of divorce that the source of the income was his separate property.

With respect to liability for indebtedness, some community property jurisdictions distinguish between debts contracted as community obligations, such as necessaries for any member of the family or the debts connected with the prosecution of a community business, and debts contracted with respect to the acquisition or disposition of separate property or the management of a separately owned business of one spouse. In other jurisdictions, the community property is liable for the debts of the husband but not the debts of his wife. To give an example of how this matter is dealt with in the Province of Quebec, the question of whether the liability for a debt falls upon the separate property of the husband, the community property, the separate property of the wife, or some combination thereof, depends upon whether the debt was contracted by the husband, or by the wife on her own account, or by the wife as an agent for her husband, or by the wife without her husband's opposition, or by the wife with her husband's opposition, or by a wife who carries on a trade or calling with her husband's consent, or a trade or calling without her husband's consent, or whether the debt was jointly contracted by both spouses. The rights of the person to whom the money is owed may vary significantly according to the classification into which the debt falls. We do not set these matters out in order to pursue the rules and exceptions that apply to each category of debt but rather to make the point, if at some length, that the basic fairness inherent in a community property regime must be purchased at the cost of a fairly elaborate structure of legal rules that affect not only the spouses, but also all persons with whom they deal. It must also be remembered that the property available to answer for the various classes of debts does not always come neatly wrapped and packaged as "community property", "husband's separate property", or "wife's separate property", since commingling may have occurred or compensation with respect to a given item of property of one classification

may be owing from it to another classification of property—such as where an item of separate property has been improved using community funds. In all of this, the outside creditors may be somewhat at the mercy of the accuracy with which the spouses have kept their records.

Once it is conceded that fairness requires the existence of separate property as well as common property in a community property regime—and these categories are present in all such regimes—then it must also be conceded that detailed rules are essential in order to ensure that the common property of husbands and wives is not diminished or impaired by the debts of either of them unconnected to the marital relationship, and that it is equally essential to ensure that those who provide services, sell goods or extend credit to married persons are not deprived of a just recovery when the debtor has the means of satisfying the debt. These are not abstract legalistic problems, but matters that would be of immediate concern in a province or territory seriously considering a change from separate to community property. Married people are constantly entering into contractual relationships involving the creation of debts, and the adoption of a community property regime would invariably have a profound effect upon the mechanics of the economic life of a jurisdiction making such a change. The policy decision to be made here is whether the added complexities are balanced by the additional social benefits that would be brought by the creation of present property interests in both marriage partners.

Questions similar to the matter of liability for debts also arise under community property systems in relation to community liability for torts or delicts—that is, for injuries—inflicted by a married person upon a third party. Under the rules of community property jurisdictions the separate property of a spouse committing a tort is usually available to answer for injuries done to others. In this connection, however, it should be borne in mind that in most cases married couples will not have extensive separate property holdings. Their main, and in some cases only, asset will be their community property, and the issue arises as to the liability that should fall upon this mutually owned property as a result of a wrongful act of only one spouse.

It is good public policy to provide for the redress of victims of tortious acts by making it possible for them to collect their judgments. On the other hand, there is also a strong public interest in protecting the rights of the innocent spouse—that is, the one who did not commit the tort—by ensuring that such a spouse is not deprived of community property because of the wrongful act of his or her partner. In some jurisdictions, the community property is available to satisfy tort judgments against the husband but not against the wife. In others, the com-

munity property is liable to satisfy a judgment for the tortious conduct of either spouse—an approach that favours the victim of the tort over the innocent spouse. In other jurisdictions, the community is liable for judgments only if the tort was committed during the prosecution of the "community business" and not if one of the spouses has committed a tort that has nothing to do with the marriage. A fourth alternative makes half the community available to the judgment creditors of a tort-feasor spouse.

Again, as with what was said before about debts, if a previously separate property jurisdiction were to decide to adopt the community property regime, it would be required to make a careful analysis of these problems, in the effort to come up with a statutory scheme that clearly identified and gave the best accommodation to the conflicting policy interests.

Community of property contains a built-in potential for disputes because it involves one mass of common property in which two persons have an interest. The traditional solution to this problem has been for the law to designate the husband as "manager of the community". This approaches the problem of resolving conflicting interests between the spouses by simply defining it out of existence. It does nothing, however, to protect the position of a married woman whose husband dissipates or wastes the community property—which, by law, is hers as well as his—through neglect, mismanagement, or plain stupidity. At best, the husband-as-manager concept is a concession to the fact that in most cases the bulk of the community assets will have been accumulated out of his earnings. Such an arrangement, however, also bears the earmarks of sexually based discrimination, which is no more acceptable under a community of property regime than it is in a different context, under the law of separate property. The single-manager rule has been modified in most jurisdictions by provisions such as requiring the consent of both spouses before a gift of community property can be made or before disposition of community real property. As a matter of policy, however, we agree with the movement now under way in many of the American community property jurisdictions to revise the rules of management by substituting for the traditional form a concept of joint management. What this generally means is that either one of the spouses can manage all the community property, subject to the provision that in certain important transactions, usually involving real estate or large assets, the decision has to be joint.

Regardless of how the management rules are framed in a community property system, it is apparent that disputes will arise between spouses that must be settled in a way that protects the legal rights of

each. All such systems therefore provide mechanisms for application to the courts in situations where one spouse is alleged to have unreasonably withheld consent to a transaction that cannot take place without agreement between the partners, or where mismanagement of community assets is alleged or where the interests of one spouse are jeopardized by the fraudulent or improvident acts of the other. Many people who are accustomed to the separate property tradition will see this as an unwarranted intrusion by the state into the privacy and autonomy of the family. Those concerned with the administration and operation of the courts may see this as placing a strain upon already overworked judicial resources, as well as asking the courts to deal with problems that in many cases are more social than legal in their nature. In addition, of course, court applications are cumbersome and expensive.

Against these objections it must be said that such a use of the courts is contrary to the tradition of a separate property jurisdiction mainly because the law of separate property has been content to leave a non-owner spouse without any significant rights to be protected. This rule that "the King's writ does not intrude" into the home in separate property jurisdictions has a rhetorical nobility that cannot be denied, and was undoubtedly framed because of the honest conviction that court intervention in ordinary domestic affairs was an improper judicial function. Yet such intervention can only be considered legally improper for so long as the law, for better or for worse, subjects one spouse to the whims of the other, rather than granting equivalent legal rights and legal dignity to each. Regardless of what system eventually replaces separate property as it now exists—and we view such a replacement as both inevitable and desirable—the creation of new rights will require a means for their vindication. The fact that more court time will likely be consumed in interspousal dispute resolution under community property than under the other alternatives to the present law is only a valid objection to the adoption of a community system and not to the adoption of some new and fairer form of property law in lieu of separate property. Whatever new directions may be taken in the jurisdictions that now have traditional separation of property, the procedures of the courts and the very concept of the judicial role will have to be adapted to the coming Canadian reality of true legal equality between husbands and wives.

Community of property has many ramifications with which space has not allowed us to deal. A change from separate property to community of property would require the rethinking and modification not only of most provincial and territorial family laws but also the laws dealing with wills and intestate succession, gifts, pensions, commercial law, insurance law, the ownership or rental of property, including the

matrimonial home, and the registration of interests in land. Of the three major approaches discussed in this working paper, community of property would involve the most wide-ranging and radical changes in the economic and social fabric of a jurisdiction in which it was adopted. Community of property creates a whole new context and a whole new set of problems, not only for spouses, but also for anyone entering into transactions with a married person. It involves complexities of identification of ownership and tracing of funds and assets over a broad range of activities where no such requirements now exist under the law of separate property. While these problems are by no means insurmountable, and have been solved in a number of different ways, they have to be taken into account in considering the desirability of adopting the system.

Further, where the community property system exists in a federal setting such as Canada, additional problems of conflict of laws immediately are posed. Since the population of this country is highly mobile, with people constantly moving from one province to another, many questions will arise as to whether a situation involving such matters as property issues between spouses, inheritance rights or the position of creditors is governed by the law of community property or the law of separate property. Many of the conflict of laws rules are reasonably satisfactory, having been worked out in the past because of the existence of a community property regime in Quebec. But there are still many gaps in the present scheme of rules, and some of them are quite unsophisticated. In our view, if community property systems were adopted by several other provinces, the general body of rules for dealing with such situations would be clearly inadequate and much litigation would be required to deal with novel or unanticipated cases.

Because of its many unique features, we believe that a community property regime would also create the most litigation of the three alternatives with which we deal. Like the discretionary system already described, there would be a certain amount of judicial activity called for during the first years of operation of a community system, if for no other reason than that it is impossible to expect that any legislation, no matter how carefully thought out, could correctly anticipate all the tests to which it would be put in resolving property issues between spouses. Unlike the discretionary system, however, community of property will directly affect the interests of many persons besides married couples, and such persons can be expected to turn to the courts where they feel their interests are adversely or unfairly affected by the new regime, or where the laws are incomplete or unclear.

The question whether the system of community of property is sufficiently superior to a discretionary regime, or to the deferred-sharing

system we describe in the next part of this working paper, involves complex policy decisions. Fundamentally, however, we see it as a choice between two things. On one hand there is the benefit to the spouses of their common ownership. This benefit not only makes a reality out of the concept of partnership, which we think strengthens the institution of marriage, but also carries with it the emotional and psychological benefits derived from the reality of present ownership for the spouse who is not gainfully employed outside the home. Against this is the fact that the adoption of community of property, in the context of a jurisdiction that has always had separation of property, would be a radical alteration of existing customs, practices and traditions, involving the necessity of new, complex rules being learned and employed in daily affairs not only by married couples, but also by those dealing with them.

The Third Approach: Deferred Sharing

Deferred sharing, or deferred community of property as it is sometimes called, is based on the idea that there should be separate ownership of property during marriage, and an equal distribution of property on divorce. Deferred sharing, therefore, lies somewhere between the extremes of separate property on the one hand and full community of property on the other. Deferred sharing regimes exist in Denmark, Sweden, Norway, Finland, West Germany and Holland. In Canada, Quebec adopted a deferred sharing regime in 1970—the "partnership of acquests"—as its basic family property law, applicable to all married persons who did not make a positive choice of community property or separate property. In addition, the Ontario Law Reform Commission, in the spring of 1974, made a formal and detailed proposal to the government of that province that legislation be enacted to create a deferred sharing system, known as the "matrimonial property regime", to replace many fundamental aspects of the law of separate property in Ontario. Although there are some conceptual differences, its results are essentially similar to Quebec's partnership of acquests.

The basic theory of the deferred sharing system is simple. In general terms, all property acquired by either spouse during marriage is to be shared equally when the marriage partnership is dissolved. There are some exceptions to this rule which we will deal with below. In describing how this sharing plan would operate we will use the model of deferred sharing developed by the Ontario Law Reform Commission, which was conciously designed with a view to being adopted in, and solving the problems of change in a province with a separate property regime.

The deferred sharing system proposed in Ontario is obviously aimed at the unsatisfactory state of the present law of separate property as it affects persons at the time of divorce. It was recommended, however, that divorce not be the only occasion for termination of the regime. Equalization of the marriage assets would also occur upon the death of a spouse, on a joint application to the court by the spouses for the winding-up of the regime, or on an application to the court by only one spouse where normal cohabitation had ended, where the applicant's legitimate expectations in the sharable values of assets were jeopardized by the actions of the other spouse, or where a spouse had sold or granted security over the matrimonial home without the consent of the other. Equalization could also occur in proceedings for a declaration of status having the effect of determining that the marriage did not exist. In other words, although the primary concern is with divorce, it would not always be necessary for the spouses to be divorced in order to have sharing.

The theory of deferred sharing is that marriage is an economic as well as a social partnership. At present, most people being married in a separate property jurisdiction are aware of the necessity to devote their energies to succeeding as social partners, but make the assumption that the law, whatever it may be, ensures that the economic aspects of their relationship will somehow be dealt with in a just and equitable fashion. It is usually not until the social partnership breaks down, and divorce proceedings are instituted, that married persons realize that the concept of economic partnership—which in our view is a basic understanding between a majority of married Canadian couples—is not recognized by the law of separate property. Any reliance upon the law to terminate the economic relationship between the spouses in a way that is consistent with the understandings that existed during the marriage is misplaced and mistaken.

Deferred sharing is primarily designed to intervene at this stage of a marriage; that is, when the marital relationship has deteriorated to the point that the spouses must stand upon their legal rights rather than upon economic arrangements made on the basis of mutual trust and respect. Until this point is reached, both spouses, under the deferred sharing system, are separate as to property. Each is free, with some exceptions designed to protect the interests of the other, to own, buy, sell, and otherwise deal with his or her property as he or she sees fit. However, when a divorce or any other situation arises under which the property regime would be terminated, both are entitled to an equal participation in the economic gains of the marriage, without regard to such matters as which spouse was employed outside the home, or who put up the money to acquire any particular asset. A deferred sharing

regime can therefore be said to conduce to two things: the autonomy of each spouse during the marriage and the equality of each spouse at its termination.

The basic complexity of a deferred sharing system lies in the formula for determining the "total financial product of the marriage"—that is, the value that is to be shared equally between the spouses upon the occasion, for example, of a divorce. What must be done is to ascertain the value of the property owned by each spouse at the time of divorce. Each then subtracts current debts. Also subtracted is the value of property owned before the marriage, and the value of property acquired during the marriage by inheritance or gift from a third party. What is left is the net value of the property that each spouse amassed during the marriage. The husband's net gains are added to those of the wife, and each is entitled to one-half the total. In practical terms, this means that the spouse with the larger net gain during the marriage will pay an "equalizing claim" to the spouse with the smaller net gain, thereby equalizing the financial position of each.

The Ontario proposal does not create any classes of property that are exempt from sharing, such as "husband's separate property owned before marriage" or "wife's separate property inherited during marriage", nor does it create, in an analogy to community property, any class of "potentially sharable property". All property of a spouse is his or her separate property at all times. What the proposed regime deals in is *property values*. At the time of termination of the regime, the value of all property owned by either spouse would be presumed to be sharable until the contrary were shown.

A key proposal in the Ontario system is that all capital gains to, and income from property the value of which is deductible (for example, property owned before marriage) would become sharable. On the other hand, any diminution in the value of deductible property would reduce the amount of the deduction. This avoids most of the tracing of funds and property that creates such complexity with respect to separate property under a community property regime. Some record-keeping would still be required, since a spouse would have to show that the value of deductible property had been preserved in order to subtract that amount from his or her net worth at the time of sharing. Generally speaking, however, the Ontario deferred sharing proposal is much simpler in this respect than a community property system.

The debts and tort liabilities of each spouse would continue to be the separate responsibility of the married person incurring the debt or committing the tort. This represents no legal change affecting third party creditors, who would be in the same position under the Ontario deferred sharing regime as they are now. The impact upon the economic

picture in the province would be further minimized by a recommendation to the effect that a spouse's creditors rank ahead of an equalizing claim. Tradesmen, retailers and others dealing with married people would therefore incur no greater risk of non-payment under the Ontario deferred sharing system than they now do under the law of separate property.

A deferred sharing regime would require that some controls be placed upon the making of gifts by a spouse to third parties that are other than customary or usual, and upon sham sales or the creation of certain types of trusts—all of which would have the effect of jeopardizing the interests of the other spouse should the regime thereafter be terminated. Apart from these controls, no special need to resort to the courts for intervention in a family's domestic economic affairs is created by the deferred sharing system.

It was proposed that a court supervising the termination of the regime should be granted no general discretion to depart from the principle of equal sharing. A fairly narrow power of this sort was recommended where in special situations the unmodified application of rules created to conduce to autonomy during marriage and equality at its termination would "lead to grossly inequitable results". It should be noted, however, that the Ontario Law Reform Commission was firm in stating "matrimonial fault" should have no effect upon the right of a spouse to equal sharing at the time the regime was wound up.

No special exception from sharing was recommended in the Ontario proposal with respect to business assets. If such assets come into being during a marriage, their value would be shared in the same way as any other property values. It was suggested, however, with particular attention to the possible financial embarrassment of a business, that a spouse who owed an equalizing claim should have the ability to pay the claim, with interest, in instalments over a period of up to ten years, subject to the provision of an adequate security.

A deferred sharing system, although it does not approach the community property system in this respect, is complex in detail and, like the other alternatives discussed in this working paper, has ramifications in other areas besides property rights between husband and wife. A province adopting such a system would need to re-examine, among other things, some aspects of the laws respecting insurance, pensions, distribution of estates upon intestacy, interspousal maintenance, maintenance of children and conflict of laws. Federal action, particularly in the area of taxation, would also be required. The impact, however, of a deferred sharing system upon the commercial laws and practices that now exist under the law of separate property, and upon

most other community customs and usages, would be in no way comparable to the re-ordering that would be required by the adoption of a community of property regime. In addition, because the spouses would be separate as to property until a divorce or the regime was otherwise terminated, neither married persons nor those dealing with them would be required to master any substantial new body of doctrine and rules in order to function successfully under the new regime.

Although it is difficult to forecast such matters with any high degree of accuracy, we conclude that a deferred sharing system would create less litigation than the other approaches we have discussed.

Deferred sharing has at least two aspects that some may consider to be serious drawbacks. Like the discretionary system, it does not give the spouses a present equal property interest in the financial gains of the marriage. It has the advantage over the discretionary system of conferring rights rather than subjecting a non-owner spouse to the views of a particular judge at the time of divorce, but these rights are, as is implied by the title of the regime, deferred. While the psychological and practical value of present ownership that exists under a community property regime creates its own unique set of difficulties, it is also a value that should not be minimized. Here, as elsewhere, the deferred sharing system, with its postponed rights, represents a compromise between a system that depends entirely on judicial discretion and the present vested rights that would exist under a community property system.

The second possible objectionable feature of the deferred sharing regime is also shared with the discretionary regime. It assumes the continuation of the separate property system. The right to equality, however, that is the backbone of the deferred sharing regime, is fundamentally inconsistent with virtually every major abuse that exists under the present law of separate property. The monolithic concept of legal and practical inequality between the sexes found under separate property is philosophically undermined by the deferred sharing system. In recognition of this fact, the Ontario Law Reform Commission found that it was not possible to create reforms to the law respecting a right to equal participation in the financial gains of a marriage without also recommending substantial changes in many other basic tenets associated with the law of separate property. Major modifications of that law were accordingly proposed conducing to equality in maintenance obligations between husbands and wives towards each other and children; equal rights in joint bank accounts and common funds; equal rights with respect to transfers of property between spouses; equal rights in household allowances; and equal rights in the matrimonial home. The

repeal of many other sexually discriminatory laws, some affecting both spouses, but most discriminating primarily against married women, was also recommended.

Employing the law of separate property as the basis for a deferred sharing regime is therefore only a drawback to the extent that a legislature tolerates the retention of its philosophical tradition of sexual inequality. If the individual autonomy that is possible under the law of separate property can be achieved without sexually-based invidious discrimination, then we see no objection to the retention of this body of law, as reformed, as the basis for a redistribution of property rights between married persons under a deferred sharing regime.

Some Basic Policy Issues

There are several difficult policy issues that must be considered by any jurisdiction examining the creation of some form of property sharing law in place of a separate property regime. The first of these is the question of whether marital misconduct should affect the right of a married person to share in the division of property.

Marital Misconduct and Property Sharing

Marital misconduct is a moral issue with which the law has attempted, with varying success, to come to grips in the past. Humility in the face of such a difficult issue is a moral virtue that the law has yet to practice. The causes or sources of conduct by married persons that the courts are required to characterize as "guilty" or "blameworthy" are recognized by the behavioural sciences as being far less susceptible of black and white identification than the law now assumes. Nothing short of a lengthy and candid psychiatric evaluation of the whole history of the relationship between a married couple would be capable of ensuring that real justice would be done in a system that viewed moral questions as being determinative in property settlements. And most divorce hearings are neither lengthy nor candid; nor are the tools with which the courts are equipped sophisticated enough to resolve such issues with the certainty that, in our opinion, is required in cases where significant property rights are at stake, and where the outcome will often represent the fruits of the labour of the spouses' adult lifetimes.

Misconduct may be the legal reason for the termination of a marriage, but it does not necessarily follow from this that it should also be the reason for inflicting economic sanctions upon one of the parties. Like the quality of affection between spouses, the moral conduct of married persons is not something that can be purchased. Nor do we think it is a particularly appropriate task of the law to attempt to enforce an official moral code against married people through the power of the court to reward propriety or punish misconduct by the granting or withholding of property rights. While we admire the efforts made by the English and New Zealand Parliaments and courts to deal with a question that is both significant and profound, we do not think that

they should be emulated in this country. We accordingly suggest that the wisest course of action would be to introduce legislation to expressly exclude misconduct as a consideration in a property settlement hearing.

Sharing Business Assets

Another difficult problem—and one that arises under any property sharing regime, whether discretionary or fixed—is whether the business assets of one spouse should always be shared with the other, or whether the sharing should be confined to the so-called "family property"—that is, the matrimonial home, its furnishings, and other assets that have been jointly enjoyed by both spouses. One rationale for property sharing is that the spouses, each making different sorts of contributions to the marriage, both participate in the acquisition and building up of assets acquired during marriage. Where part of those assets are the assets of the business (or profession) of one spouse, however, the assumption that the other had anything to do with their acquisition or increase may be demonstrably untrue. While we recognize that the foregoing considerations are not without weight, we are nevertheless of the view that these assets should be shared, although some legal adjustments may be required to cushion the effect of such sharing in certain situations.

Marriage is an economic venture for both spouses, regardless of whether only one engages in the activity that produces the assets that are the tangible results of the venture. The life-fortunes, whether good or bad, of each spouse are inextricably bound together. A non-earning spouse—say a wife who is home caring for children—commits her economic destiny to that of her husband no less irrevocably when he is a businessman than when he is a wage earner. The risk of a business failure affects one spouse as much as the other and, in our opinion, the benefits of a business success are not fairly susceptible to a narrower allocation than the risks taken in the pursuit of such success.

We do not subscribe to the view that the spouse in a marriage whose role is non-entrepreneurial is, or should be allowed in law to be, merely "along for the ride". This is a dependency-related concept that we think is no longer tenable. Getting rid of this concept is not a matter of the reform of property law, but rather of interspousal maintenance obligations, whereby equivalent legal responsibilities towards each other would be borne by both spouses. It may therefore be anticipating to some extent a rationality in the broader areas of family law that does not now exist to suggest that, in property matters, no distinction should be drawn among assets acquired as a result of business activities, assets acquired out of ordinary wages, and assets that can be classified as "family property". Nevertheless, we feel that this should be a fundamen-

tal policy in any general reform of family law, and would therefore be appropriate to adopt in this particular area of law relating to property sharing between spouses.

Retroactivity

A third problem that must be faced by a jurisdiction adopting a property sharing regime is the question of retroactivity—that is, whether a new system should apply to persons now married as well as to people married after reform legislation takes effect.

It can be argued that it would be wrong for the law to interfere with vested property rights, and that persons who were married under the law of separate property should not be covered by any new system unless they choose to be. This appears to be the reasoning behind the proposal of the Ontario Law Reform Commission to the effect that persons who were already married when the deferred sharing regime comes into existence should have the choice of opting into the new system, or remaining separate as to property.

It should be noted that none of the four separate property jurisdictions which have recently granted their courts discretionary powers with respect to property issues between spouses (British Columbia, the Northwest Territories, New Zealand and England) made any exceptions exempting persons who were married when the new laws came into force from the operation of those laws. To this extent, these new laws can be said to be retroactive.

It is arguable, however, that the community of property and the deferred sharing alternatives, being changes of a more fundamental sort, should not be introduced without some choice being available to individuals already married as to whether the new regime will apply to them, or whether they will remain separate as to property.

In this matter we are inclined to agree with the Ontario Law Reform Commission, subject to one major difference. In our view it would be preferable for a community property or deferred sharing regime to apply to all persons who were married when the legislation came into force unless they chose to opt out, rather than requiring persons who were already married to opt in. This view, we should add, accords with what we are informed has been the opinion of a majority of persons attending a series of public meetings sponsored by the Attorney General of Ontario on the proposals of the Ontario Law Reform Commission, as well as being the position adopted by a majority of delegates at a major conference on family law sponsored by the Ontario Status of Women Council in October, 1974.

We also agree with the position taken in the four jurisdictions that have chosen to give the court the discretionary power to make orders transferring property from one spouse to another rather than giving each spouse definite property rights. Speaking with particular reference to divorce, it is our view that, in a jurisdiction where community property or deferred sharing is not available to married persons, the court should be able to exercise these sorts of discretionary powers in every case, regardless of whether the spouses were married before the date that the courts received authority to make such orders, and were given no options as to whether such powers would apply to their property relations.

Equality

The creation of a property-sharing system raises the question whether it should be intended to do nothing more than give a non-earning spouse *some* share in property, or whether the goal should be to equalize the property positions of each spouse on termination of a marriage.

Equality is the basis of a community property system, as well as a deferred sharing regime. Although both these types of regimes typically give the court some leeway in special cases to depart from equal sharing, it is only a discretionary system that leaves the matter of equality entirely open. In none of the discretionary regimes that we have mentioned in this working paper is equalization of property stated to be an object of legislative policy. An Appellate Court in England has described the judicial approach being taken under that country's discretionary system in the following terms:

> If we were only concerned with the capital assets of the family, and particularly with the matrimonial home, it would be tempting to divide them half and half, as the judge did. That would be fair enough if the wife afterwards went her own way, making no further demands on the husband. It would be simply a division of the assets of the partnership. That may come in the future. But at present few wives are content with a share of the capital assets. Most wives want their former husband to make periodical payments as well to support them; because, after the divorce, he will be earning far more than she; and she can only keep up her standard of living with his help. He also has to make payments for the children out of his earnings, even if they are with her. In view of these calls on his future earnings, we do not think she can have both—half the capital assets, and half the earnings.

In our view, equality in matters of property is an appropriate goal to aim at under a discretionary system, or under any property-sharing system for that matter. As the above-quoted words show, however, there is an element of inequality arising out of the fact that,

notwithstanding a property division at the time of divorce, "most wives want their former husband to make periodical payments as well to support them . . .". If the expectations of most husbands will require some significant re-adjustment with respect to property rights, it is no less true that there must be a change in the thinking of most wives with respect to maintenance for themselves—particularly after a divorce where there are no children involved, or where the children are not in need of constant care. Property and maintenance questions, under a discretionary property system, are not subject to the present artificial distinction drawn between the rigidities of the law of separate property and the reasonable flexibility found under the *Divorce Act* concept of maintenance. Historically, this combination of rigid property rules and flexible maintenance concepts had led to divorce maintenance awards being used to a large extent to compensate a former wife for the inequalities inherent in the law of separate property. We are of the view that the ideal of equalization of property would be the best legislative policy and, subject to what we say in the following paragraphs, that it would be appropriate for such a policy to be stated in a new law providing for any sort of property-sharing system.

Equalization of property, however, presupposes a complementary reform of a rather fundamental nature respecting the rationale of interspousal maintenance, both during marriage and following a divorce. Until this has been accomplished, a discretionary property system, with its inherent flexibility, would seem to have some advantages not possessed by a community property or deferred sharing regime, at least in a jurisdiction where family property law reform preceded the reform of maintenance obligations. Although we do not wish to anticipate matters that we shall deal with in detail in the future, our present view is that the law should move in the parallel directions of equalization of property on divorce and, subject to the special requirements of individual cases, away from a concept of maintenance that is based as much upon the sex of the maintained spouse as it is upon needs flowing from the division of functions in the marriage.

As was pointed out by the English Appellate Court, the idea of the wife going her own way after a half-and-half property division is something that "may come in the future". We are concerned, however, with the present, and recognize that a transition period would probably be necessary between the present situation, where there is no property sharing and relatively large post-divorce maintenance awards for women, and some future situation of equal property sharing with post-divorce maintenance for a non-earning spouse eliminated in some cases, and reduced in others. Of the three regimes considered in this working paper, a discretionary property system appears to afford the most con-

venient way to accommodate the legitimate expectations, needs and interests of people who may be divorced during such a transition period. On the other hand, where the disadvantages of a discretionary system are thought to outweigh its advantages, causing a jurisdiction to choose a family property regime emphasizing fixed rights, it would nevertheless be possible to provide an element of discretion in the court at the time of divorce specifically to deal with the problems inherent in the relationship between the sharing of property and the maintenance of one former spouse by the other. As we have indicated, however, we think the necessity for such dispositions will be less and less felt as women achieve a greater measure of socio-economic equality. In any event, the goal must remain a law providing for full equalization of property at the time of divorce coupled with maintenance laws from which inequalities based upon sex have been eliminated.

Some Other Considerations

The Continuing Importance of Maintenance

Although the advent of property sharing will have a direct effect upon maintenance on divorce, such sharing does not mean that property distribution will replace maintenance. Most families will accumulate relatively modest amounts of property during marriage, and in any event there will be no necessary connection between the amount of property available for sharing and the amount necessary to meet the reasonable needs of a spouse who will require periodic sums for his or her maintenance after divorce. Such needs will obviously be different for a person who has property at the end of a marriage as opposed to a person who has none, but they will not necessarily cease to exist merely because there has been a sharing of property. The property position of a spouse seeking maintenance in divorce proceedings will simply be another factor to be considered by the court in deciding whether a maintenance award would be appropriate, and if so, how much and for how long.

The Overall Goal of Family Law Reform

We should also point out that property sharing—particularly from the federal perspective, which is focused on the time of divorce—is a solution to only one of several important legal problems that affect the institution of matrimony. Property sharing means that the advantages and disadvantages that flow from a person's role within a marriage will be, with respect to the economic gains of the marriage, substantially equal for both spouses. In addition, however, we view it as an appropriate goal of law reform to remove from the law of separate property all sexually-based legal impediments to personal growth and full participation in the family as well as in the economic life of the community and to create equal legal responsibilities and opportunities for all married persons, from the day of marriage until its termination by death or divorce. Where these inequalities exist as a result of the state of the law, the law can and should be changed.

We see this goal of reform of family law as an increase in the spectrum of choice available to married persons of either sex with a consequent growth in individual freedom. The need to provide care for

children, for the family to have an income, and for household management will all remain fixed requirements for the ordinary Canadian family. The reform of private law cannot affect these matters. What it can do, however, is to ensure that husbands and wives are free to allocate these duties in accordance with their individual preferences and are required to discharge the legal responsibilities associated with these duties in accordance with their means and abilities, without being subjected to legally enforced sexual stereotyping, and without being penalized by law regardless of how these functions are divided between themselves.

Conclusions

Equality Before the Law for Married Persons

The traditional law of separate property that is applied in most jurisdictions in Canada at the time of divorce to define the property positions of spouses when a marriage is terminated is in immediate need of substantial change. Although our primary concern is with the application of the federal divorce law to persons whose property relations are governed by provincial property laws, our study of this subject has convinced us that reform of the law solely in relation to divorce would fall far short of what is required in order to ensure that justice is no longer denied to people upon entry into the legal relationship of matrimony.

Equality before the law must be the foremost goal of reform in this area.

Marriage almost invaribly creates a differentiation in functions between the partners. Application to a family unit of the ordinary property laws that exist in a separate property jurisdiction fails to recognize this fact. The result is not only economic inequality but also a denial of the legal dignity and worth of the spouse who raises the children and works in the home rather than taking outside employment.

We take the position that there must be laws assuring each spouse, regardless of the division of functions during the marriage, a right to an equal participation in the financial gains of that marriage when it is terminated. This is, however, only a partial solution to a much wider problem. The whole law of separate property is characterized by invidious discrimination against spouses of both sexes, not only in particular rules of property law, but also in a discriminatory tradition of conventions, interpretations, and assumptions having the force of law. Some of these matters affect married men, but most are aimed at married women. Not all of these deal with property in a narrow sense, but most relate to the financial relations between married persons or the financial obligations or disabilities of one spouse or the other in relation to third parties, and therefore exert an influence upon the property patterns that develop during a marriage. Regardless of which sex is the target of any particular discriminatory law or practice, however, it is common humanity that suffers. The true question is not, therefore, whether there should be property sharing between married persons, but

rather whether there should be legal equality between married persons—a concept of which property sharing is only one important part. Our answer to this question is an unqualified "yes". Property sharing must be, and must be seen to be, a logical aspect of a whole system of laws affecting married persons based upon equality rather than being the ultimate inconsistency capping the pyramid of contradictory, irrational and discriminatory rules and concepts that comprise the present law of separate property. If laws must be made to redress an imbalance between husbands and wives—and we see this as a necessary function of laws conducing to equality within the marital relationship—then those laws must be based upon the functions and duties that each spouse actually performed within the marital framework rather than upon legislative or judicial assumptions grounded in stereotypes dictating sexual roles.

It is true to say that the present law of separate property operating in the majority of Canadian jurisdictions, with its emphasis on ownership based upon who paid for the property, denies to most married women the ability to share in the financial gains of a marriage. It is no less true that the same law, with its requirements that husbands work, denies to married men the ability to fully participate in the care, instruction and upbringing of children, or to assume the more mundane, but no less important tasks associated with the management of a household. We believe the loss experienced by spouses of both sexes under the requirements of such a legal framework, while not identical, is certainly equivalent. Much has been said about the necessity to provide opportunities for careers outside the home for those married women who wish to realize their individual potential in such a way. We think that as much can be said for affording equivalent opportunities within the home for married men.

It is obvious that alterations in the present law will not result in any dramatic change in social patterns in this respect. What legal changes can and will do is to give to married people greater freedom of choice in these matters, so that they can decide for themselves how they should arrange their marriage partnership in a way that is based upon their abilities, their financial and psychological needs and their emotional interests. This choice should be capable of being made in a milieu that is free from legally based economic coercion, such as hiring practices that discriminate against married women in favour of married men on the grounds that they have a family that they alone are required to support; which deny to married women the ability to participate fully in the economic life of the community by legal restrictions upon their ability to borrow money and otherwise to employ the credit system; or that make it apparently logical that the husband should always be

the wage-earner because he, for no other reason than the fact that he is a male, can command a higher salary and will enjoy better career prospects than his wife.

We strongly disagree with the view that the law, rather than the autonomous choice of the married couple, should be responsible for telling spouses, on the basis of their sex, what they are destined to do when they are married, or whether they must be dependants, and, following from this, should attach unequal and discriminatory legal and financial consequences to the differing roles. We do not think it is possible for there to be a rational dialogue on the subject of property sharing without an examination of these more fundamental issues that are the inarticulate assumptions behind the present law of separate property. Property sharing is not an isolated improvement desirable for its own sake. Rather it is only one step on the road to equality before the law for married persons of either sex.

An Example of Change

We do not propose in this working paper, to suggest that any one of the three major approaches to property sharing would be more appropriate for adoption in any particular jurisdiction in Canada. Nor are the three approaches true alternatives, in the sense that they are mutually inclusive—it would be more accurate to say that they are examples of the three major directions in which reform has travelled in various jurisdictions that have sought some system that would be fairer than the unvarnished law of separate property. Further, the three approaches are capable of great modification, variation and combination. As an example, a province or territory could give its courts a discretion to transfer property between husband and wife at the time of divorce. The same jurisdiction could then create either a deferred sharing or a community property regime that would apply, as the basic law, to all persons who were married after the new regime came into effect. Persons married after that date could be given the power to opt out of the deferred sharing or community regime and into the separate-property-plus-discretion regime. Persons married before that date could have the option of changing to the deferred sharing or community property regime. In addition, such a province or territory could create a special community property system that would apply in every case to all married persons but which affected only the matrimonial home, and which provided that it would be co-owned, with joint rights of occupation, management and disposition, regardless of which regime applied to the other property of the married couple. We do not say that this would be an ideal property pattern for a Canadian jurisdiction to adopt,

but only that any of the approaches we have described in this working paper, or some combination of them, would be a significant improvement over the traditional law of separate property.

Tax Considerations

Any major redistribution of property rights and financial obligations within the family structure will inevitably have significant tax implications. Exactly what these may be will obviously vary according to the nature of the reforms. While we anticipate that many of the reforms discussed in this working paper would not be effected at the federal level, it will, in any event, be incumbent upon Parliament to insure that the tax burdens on an individual are no greater following a change of property and financial laws between married persons than they are now, as well as to ensure that, where any significant shift in rights or duties occurs from one spouse to another, the applicable tax burdens are reallocated accordingly. There is a further obligation upon Parliament, flowing from the nature and concept of federalism itself, to lend encouragement to the development of changes in the law of separate property within any given province or territory by providing positive support to such changes through amendments to the taxation laws and other laws dealing with family financial arrangements, whether or not those changes happen to coincide with Parliament's views of the ideal legal relationship between husbands and wives. The same requirement, we should add, also rests upon various federal departments, so that matters of administration and policy assist, rather than hinder the movement towards legal equality within marriage in Canada.

A Restatement of Principles

As a minimum, property sharing should be available at the time of a divorce. There is much to be said, however, for not restricting property sharing to divorce proceedings, and not making reform of marital property law a divorce-oriented change. We urge a broad approach to these questions.

The object of property sharing should be an equal participation by both spouses in the financial gains of the marriage, regardless of the internal division of functions in the marriage—that is, who worked outside the home, who managed the household and who cared for children —before the sharing took place. We do not favour equalization of property in isolation, however, and believe that complementary reforms should be implemented creating equality of obligation with respect to

interspousal maintenance and maintenance of children. This is an aspect of the law to which we will return in a subsequent working paper.

We do not think that moral or marital misconduct should be a consideration when property sharing takes place.

Some property, at least under a fixed-rights approach, should be exempted from sharing, such as property owned before marriage or property acquired by gift or inheritance from third parties during marriage. We believe, however, that income from and capital gains to non-sharable property should be shared. We do not believe that business or professional assets should be exempted from sharing.

We favour full retroactive application of any law giving a court discretionary powers with respect to property sharing at the time of a divorce. We also favour retroactive application of any deferred sharing or community regime unless persons who are already married make a positive choice to retain separate property.

Finally, as an integral part of any reform of family property laws, we favour the elimination from the law of separate property of all laws that either create or result in invidious discrimination against a married person based upon sex. Marriage should be a partnership between persons who are legal equals. It is within the power of the people of Canada, acting through their elected representatives, to ensure that this ideal is realized. In our view, nothing short of this goal should be sought and no law short of this goal should be tolerated.

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 8

les biens des époux

Mars 1975

©
Information Canada
N° de catalogue: J32-1/9-1975

Avis

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commision à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

La Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président
L'honorable Antonio Lamer, vice-président
D^r^ J. W. Mohr, commissaire à plein temps
D^r^ G. V. LaForest, c.r., commissaire à plein temps
M^e^ Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel
M^r^ John D. McAlpine, commissaire à temps partiel

Le personnel de recherche sur le droit de la famille

Julien D. Payne, LL.B., directeur
François Chrétien, B.A., LL.L.
Barbara Hough, B.A., LL.B.
Hugh Silverman, c.r., LL.M.

Conseiller

Edward F. Ryan, B.A., LL.B., LL.M.

Table des matières

PAGE

Introduction 1

Régime matrimonial et le droit des biens 5

Différents problèmes posés par les régimes de séparation de biens 9

Principales orientations de la réforme 13

- Première orientation: Séparation de biens laissée à la discrétion de la cour 15
- Deuxième orientation: La communauté de biens 20
- Troisième orientation: Le partage différé 28

Examen de certaines positions de principe 35

- Inconduite conjugale et partage des biens du couple 35
- Partage des actifs commerciaux 36
- Rétroactivité 37
- Égalité 38

Quelques considérations supplémentaires 41

- Le maintien de l'obligation d'entretien 41
- Objectif global de la réforme du droit de la famille 41

Conclusions 43

- Égalité devant la loi des personnes mariées 43
- Exemple de mutations de régime 45
- Répercussions fiscales 46
- Réaffirmation de principes 46

Introduction

Dans ce document de travail, le deuxième d'une série portant sur le droit de la famille, la Commission de réforme du droit du Canada s'attache à l'étude du droit régissant les biens des personnes mariées et présente un certain nombre de propositions visant à modifier le droit actuel. Il convient de noter que les droits de propriété se rapportant aux biens des époux relèvent actuellement du droit provincial, puisque ce sont les instances provinciales qui sont habilitées à passer les lois en matière «de propriété et de droit civil». Nous nous arrêterons sur ce point pour quatre raisons. La première, parce que le pouvoir de légiférer en matière de «mariage et de divorce» est du ressort du Parlement du Canada. À ce titre, le Parlement a passé des lois concernant le divorce et a prévu dans un tel cas une obligation d'entretien en faveur de l'épouse économiquement faible et des enfants du mariage. Il est bien évident que l'obligation d'entretien ne peut être envisagée indépendamment des problèmes de répartition des biens de la communauté. La famille constitue une entité économique et le tribunal ayant à connaître une affaire de divorce devrait pouvoir, en vertu de la loi, apprécier de manière cohérente et globale tous les aspects économiques du mariage une fois prononcée la dissolution de la communauté. Il s'agira donc de prévoir à la fois la répartition des biens de la communauté et l'entretien ultérieur des époux.

En deuxième lieu, même si l'on doit reconnaître que la constitution restreint quelque peu la compétence du pouvoir législatif dans ce domaine du droit, c'est au pouvoir fédéral qu'il appartient de poser ces problèmes afin d'assurer l'uniformité, la cohérence ou tout au moins la compatibilité des différents régimes provinciaux régissant les droits matrimoniaux. Il serait tout à fait approprié que le pouvoir fédéral prenne des initiatives afin d'inciter et d'aider les provinces et les territoires à examiner les différentes solutions juridiques à apporter en matière de partage des biens et d'obligation d'entretien lors de la dissolution du mariage. Outre son rôle de coordination des efforts fédéraux et provinciaux dans ce domaine, une étroite coopération entre les instances fédérales et provinciales permettra de s'assurer que la *Loi sur le divorce* tient compte de l'évolution du droit sur les biens matrimoniaux et reste compatible avec les dispositions prises par les provinces et les territoires dans ce domaine.

Troisièmement, et même si l'étude des problèmes posés par les biens matrimoniaux est actuellement terminée ou en voie de réalisation en Alberta, en Colombie-Britannique, en Ontario, au Québec et en Saskatchewan, ainsi que dans les Territoires du Nord-Ouest, un certain nombre de provinces et de territoires n'ont pas trouvé les ressources ou le personnel leur permettant de mener à bien cette tâche. Nous estimons que ces recherches entreprises au niveau fédéral peuvent être utiles aux juridictions régionales qui n'ont pas encore entrepris d'études pour leur propre compte.

Quatrièmement, sur un tel sujet, qui dépasse les compétences propres à chacune des juridictions législatives du Canada et concerne toutes les personnes mariées de ce pays, la Commission canadienne de réforme du droit estime qu'il est de son devoir d'aider les Canadiens à prendre conscience des lacunes que présente le droit actuel et de proposer les principales solutions de rechange afin de recueillir l'avis du public à leur sujet.

Nous insistons fortement sur le fait que la présente étude n'a pas pour but de donner une solution fédérale à des problèmes dont certains aspects relèvent de la compétence fédérale et d'autres de la compétence des provinces et des territoires. Il serait possible, dans les limites établies par la constitution, de modifier la *Loi sur le divorce* afin de fixer la répartition des biens au moment du divorce, comme il serait possible de modifier cette même loi afin d'appliquer les réformes établies dans ce domaine par les provinces et les territoires. Nous estimons toutefois que l'important est de déterminer ce qui peut ou doit être fait dans ce secteur d'importance vitale en dehors de toutes manœuvres ou d'affirmations de prééminence constitutionnelle de la part de l'un ou l'autre des niveaux de gouvernement. L'intérêt des principales modifications apportées aux lois régissant les relations et les biens matrimoniaux parlera de lui-même. Une fois que cet intérêt aura été reconnu par l'ensemble des juridictions concernées au Canada, nous sommes sûrs que le besoin d'une collaboration efficace permettra la mise en place des mécanismes indispensables à la réalisation des principales réformes en cette matière.

La réforme des lois relatives aux biens des époux doit tenir compte du fait que le droit actuel représente sur beaucoup de points la survivance d'une conception millénaire de la femme. Il existe des raisons historiques, religieuses, juridiques, économiques et politiques qui permettent d'expliquer l'état actuel du droit. Mais au regard de la simple justice qui doit s'appliquer également à tous, indépendamment du sexe, aucune de ces raisons ne permet de justifier que se perpétuent les inégalités existantes. La conscience des Canadiens a été choquée par l'application du droit actuel dans une décision rendue récemment par la

Cour suprême du Canada dans l'affaire *Murdoch c. Murdoch,* dans laquelle une femme mariée a vainement tenté d'obtenir une part d'une ferme de grande valeur dont la propriété appartenait légalement à son mari. La cour n'a pas voulu reconnaître la contribution qu'elle y avait apportée par son travail et par son initiative, à égalité en cela avec son mari, puisque, à son avis, elle n'avait fait là que son simple devoir de femme de fermier. Le fait qu'elle ait tout autant que son mari contribué à mettre en valeur la propriété n'a pas été suffisant pour que la cour puisse modifier le titre de propriété du mari. Lorsqu'il entraîne de tels résultats, il apparaît clairement qu'un tel droit n'est plus tolérable dans une société qui veut que ses lois soient justes et humaines. Nous nous associons au concept d'égalité devant la loi des personnes mariées des deux sexes et nous estimons que c'est au nom de la cohérence et de la justice inhérente à l'égalité devant la loi qu'il convient de modifier de manière substantielle le droit régissant les biens matrimoniaux.

Nous nous bornerons dans cette étude à étudier les cas où les parties sont mariées légalement, sans s'arrêter aux relations qui s'apparentent en tout point au mariage si l'on excepte l'absence de lien légal. L'évolution de la famille a déjà fait couler beaucoup d'encre et il est possible qu'il soit nécessaire dans l'avenir d'étudier le cas des personnes «liées entre elles» sans être mariées. Nous nous bornerons toutefois à explorer et à analyser ici les différentes manières de renforcer l'institution traditionnelle du mariage en apportant à la loi des modifications qui s'imposent depuis longtemps.

Le mariage est une communauté économique, affective et culturelle. La cellule familiale est l'institution la plus importante de notre société. Lorsque l'on examine les lois qui régissent les relations des personnes mariées entre elles—et tout particulièrement celles qui concernent les biens—il apparaît clairement qu'elles sont presque totalement inadaptées à la famille moderne et qu'elles ne permettent plus d'assurer la dignité et l'épanouissement de chacun des partenaires. Seule, au Canada, la province de Québec a entrepris une réforme sérieuse du droit des biens matrimoniaux au cours de ce siècle, et deux autres, les Territoires du Nord-Ouest et la Colombie-Britannique, ont pris quelques mesures législatives en ce sens. Dans les provinces et les territoires de common law, les personnes mariées sont soumises dans leur totalité au régime de la «séparation de biens». Le régime de la séparation de biens existe aussi au Québec en option à son régime récemment institué qui prévoit le partage des biens lors de la dissolution du mariage. Nous nous attacherons dans cette étude à examiner les principales lacunes du régime de séparation de biens en nous référant avant tout à la majorité des juridictions de common law où cette loi n'a subi aucune modification et où elle existe pratiquement sous sa forme actuelle depuis

près d'un siècle en tant que corps de loi, doctrine ou dogme. Étant donné qu'il s'agit d'un système s'appliquant à plusieurs provinces ou territoires dont chacun présente des variations individuelles, il est évident que nos observations seront valables en général et non dans chaque cas particulier. Nous estimons toutefois que des observations d'ordre général sont suffisantes dans un cas tel que celui-ci, pour la simple raison que la plupart des aspects fondamentaux du principe de la séparation de biens et des conséquences qu'elle entraîne en droit pour le mari, la femme et les enfants n'ont plus leur place aujourd'hui au Canada. Pris dans son ensemble comme il l'est ici, le régime actuel de la séparation de biens est contraire à l'équité et à la justice puisqu'il ne parvient pas à protéger un certain nombre de valeurs humaines qui sont depuis longtemps reconnues et protégées dans d'autres domaines de notre droit.

Bien entendu, il n'en a pas toujours été ainsi. Le régime de séparation de biens de l'ère victorienne correspondait parfaitement aux conditions sociales de l'époque. Il reflétait parfaitement les choix culturels et les réalités économiques de la société telle qu'elle se présentait il y a un siècle. Ce régime de séparation de biens n'est devenu inadapté que lorsqu'on a voulu lui faire jouer un rôle pour lequel il n'était pas prévu, tel que celui de servir de base à l'institution du mariage dans un monde mille fois différent de celui qui a vu la naissance de la loi.

Nous nous devons d'affirmer que toute réforme entreprise dans ce domaine du droit ne peut réussir si elle cherche à imposer une nouvelle philosophie à des gens qui, à tort ou à raison, conçoivent leur vie en fonction de l'ancien. Il faut prévoir l'avenir sans fouler au pied le passé. Notre but n'est pas de rendre le divorce plus attrayant mais au contraire de renforcer les liens actuels du mariage en proposant certaines modifications du droit actuel lorsqu'il va à l'encontre de ce but, et d'établir un cadre juridique qui permettra aux couples canadiens d'être plus unis à l'avenir.

Ces problèmes juridiques touchent un grand nombre de personnes de manière très différente. Il est normal, en conséquence, que les opinions diffèrent sur l'éventualité de telle ou telle réforme, sur la manière de l'appliquer et sur les personnes qui seront concernées par cette application. Nous demandons à toutes les personnes qui s'intéressent aux problèmes posés par cette étude de faire parvenir leur avis à la Commission. Toutes les opinions seront les bienvenues et nous seront d'une grande utilité pour aider à la réforme du droit sur la famille.

Régime matrimonial et le droit des biens

Dans un régime de séparation de biens, c'est la personne qui acquiert le bien qui en est propriétaire. Cette disposition n'aurait que peu d'influence sur la répartition des biens entre les époux s'il n'était pas indispensable, à l'intérieur d'une famille, que l'un des époux joue un rôle privilégié vis-à-vis des enfants. Chacun des époux pourrait gagner de l'argent et acheter ses propres biens. Il s'agit là en effet d'un des principes fondamentaux de la théorie de la séparation de biens. Les gains de l'homme marié et les biens qu'il a pu acheter avec ceux-ci lui appartiennent, de même que les gains de sa femme et les biens achetés avec ses gains appartiennent à cette dernière. Mais compte tenu du fait que les enfants ont besoin d'attention, de soins et d'affection, l'époux à qui incombe cette tâche, et il s'agira presque toujours de l'épouse, se verra objectivement dans l'impossibilité de se rendre en droit propriétaire de biens sans dépendre de l'autre. Le régime de la séparation de biens fondé sur le principe de «la libre disposition pour chacun des époux de son patrimoine personnel» répond en principe à un souci d'égalité. Mais au vu de la société canadienne telle qu'elle est aujourd'hui, il est évident qu'il ne s'agit là que d'un semblant d'égalité participant du laisser-faire économique du dix-neuvième siècle. L'égalité est là en principe mais ne se traduit pas dans les faits.

La nécessité d'élever les enfants est un problème inévitable en matière de répartition des tâches à l'intérieur du couple et il permet difficilement à la femme mariée d'acquérir des biens. Mais un certain nombre d'autres problèmes viennent aussi s'ajouter à cette première difficulté. Étant donné que l'on considère depuis si longtemps au Canada que les femmes sont presque automatiquement des personnes à charge s'occupant des travaux du ménage, la femme mariée qui n'a pas la charge d'enfants en arrivera elle aussi, du fait de son éducation, à ne pas se considérer comme partie intégrante de la population active. Souvent elle ne sera pas prête psychologiquement à travailler à l'extérieur et, même dans ce cas, elle trouvera difficilement un travail correspondant à ses qualifications à un salaire qui intéresserait un homme possédant une formation semblable. L'absence de véritable possibilité de réussite professionnelle pour les femmes canadiennes—au sens où l'homme a cette possibilité—est un fait notoire et regrettable. Cela explique en partie le fait que de nombreuses femmes mariées sont

placées en position d'infériorité vis-à-vis de leur mari en matière de propriété.

L'éventualité pour les femmes mariées d'arrêter de travailler afin d'élever leurs enfants permet d'expliquer en partie l'hésitation avec laquelle de nombreux employeurs acceptent de les former et de les placer à des postes de responsabilité bien rémunérés. Cela explique peut-être aussi en partie le fait que les achats importants du couple sont souvent effectués au nom du mari. Étant donné que la capacité de gain de la femme peut être interrompue par la naissance d'un enfant, alors que son mari doit logiquement travailler sans interruption tout au long de sa vie adulte, le vendeur d'un bien préférera traiter avec le mari. Cette tendance est renforcée par les dispositions prises par de nombreuses juridictions canadiennes qui font que le vendeur court de plus grands risques en matière de crédit avec une femme mariée qu'avec une femme célibataire, ou un homme marié ou célibataire.

Ainsi que l'a fait remarquer la Commission royale sur la situation de la femme, il existe au Canda un préjugé culturel fortement prononcé en faveur de l'épouse qui reste à la maison, allant de pair avec l'état de dépendance en droit de la femme mariée. Même lorsque la femme surmonte cette difficulté et prend un travail, elle renoncera parfois à poursuivre sa carrière personnelle en constatant que les travaux du ménage correspondant à elle-même et à son mari restent principalement à sa charge puisque la plupart des hommes, victimes de leurs propres préjugés culturels, sont peu qualifiés ou mal préparés psychologiquement pour assumer ces tâches.

Il est possible que pour certains couples ces facteurs n'aient aucune importance. Toutefois, pour la plupart d'entre eux, ils contribuent sous une forme ou sous une autre à faire en sorte que les biens soit achetés davantage avec l'argent du mari qu'avec celui de la femme. Par la suite, le régime de la séparation de biens permet au mari de disposer de plus de biens que sa femme lors de la dissolution du mariage. Une disparité économique aussi fondamentale n'est justifiée, à notre avis, par aucune différence significative de la contribution apportée par chacun des époux. Il n'est pas nécessaire ni souhaitable de chercher à résoudre le problème en se demandant «quelle est la valeur relative du travail d'une maîtresse de maison par rapport à celui d'un ingénieur-chimiste?» ou «combien vaut pour un ouvrier spécialisé travaillant sur une chaîne de montage la garde des enfants assurée par sa femme?». Il s'agit de considérer que, dans la grande majorité des ménages, les époux jouent un rôle différent mais d'égale importance.

La tradition veut que le droit interprète le terme «valeur» en fonction du prix que la société est prête à accorder pour les services considérés. Nous estimons que, lorsqu'il s'agit de la famille, l'interprétation

restrictive de la loi voulant que l'argent soit la seule mesure véritable de la valeur ne peut s'appliquer à la détermination des droits de propriété entre les époux. Au contraire, il s'agit d'aller au fond de la question et d'examiner la meilleure manière d'assurer une répartition équitable des biens entre époux et de les garantir par la loi, indépendamment des inégalités entraînées par la tradition et par la société, et indépendamment de la fonction de chacun des époux dans le ménage. Le droit doit pouvoir protéger la dignité humaine et assurer l'égalité entre les sexes sans se contenter de préserver mécaniquement les biens les plus en évidence de notre société. Il est temps d'assigner à la loi des méthodes d'approche plus sélectives au lieu de se contenter de déplorer leur absence, et de ne plus chercher inutilement qui a gagné quoi ou qui a acheté quoi pour passer à une étude plus sérieuse de ce qui est équitable dans le cadre de la cellule familiale de manière à l'incorporer dans la loi.

Il est impossible d'atteindre cet objectif dans le cadre des régimes de séparation de biens tels qu'ils existent actuellement. Les principes qui les sous-tendent ne sont plus en rapport avec la réalité du vingtième siècle et avec la façon dont les personnes vivant au vingtième siècle envisagent le mariage. Leurs inconvénients se manifestent tout d'abord au cours du mariage de manière psychologique. De nombreuses femmes à la charge de leur mari n'ont que peu de droits ou pas de droits du tout sur les biens de la communauté; elles n'en ont l'usage qu'avec la permission tacite de leur mari. Le prix payé par une femme mariée pour être à la charge de son mari ne se mesure pas en termes de confort relatif. Le prix payé, même si cette femme de par son éducation considère qu'il s'agit là de l'ordre normal des choses, se fait au détriment de l'indépendance, de la personnalité et de l'estime de soi-même. Lorsque le mariage se termine par un divorce, comme c'est de plus en plus le cas, ces inconvénients difficiles à évaluer font place à une réalité économique très dure. Une épouse à la charge de son mari ne disposera parfois au moment du divorce que des vêtements qu'elle a sur le dos, quels que soient les biens que son mari détient ou dont elle a eu conjointement la jouissance au cours du mariage.

À nos yeux, le mariage est beaucoup plus qu'un simple contrat économique. Nous souscrivons entièrement à la théorie selon laquelle le mariage ne se réduit pas à des droits de propriété au moment du divorce. De la même manière, toutefois, il n'est pas possible de dire que les droits de propriété au moment du divorce sont évalués correctement par une enquête légale qui ne veut rien savoir des contributions apportées au cours du mariage autrement que sous forme d'argent.

Différents problèmes posés par les régimes de séparation de biens

La façon dont les cours sont amenées à appliquer la loi illustre bien les principales lacunes de ces régimes de séparation de biens. Si pendant la durée du mariage le mari travaille et la femme reste à la maison avec les enfants, cette dernière n'aura au moment du divorce aucune part des biens achetés à l'aide des gains du mari. Il semble qu'une telle situation s'autorise du principe qu'elle a été à la charge de son mari pendant une partie de sa vie, qu'elle n'a donc pas eu à gagner, et qu'elle n'est pas fondée en droit à recevoir une part des biens achetés à l'aide d'un salaire. Les régimes de séparation de biens ne permettent pas d'évaluer en termes de propriété la valeur pour son mari, sa famille et la société, de son travail de mère de famille et de maîtresse de maison.

Un homme marié est tenu par la loi de subvenir aux besoins indispensables à la vie de sa femme et de sa famille: nourriture, abri et vêtements. Du fait que les horaires de travail coïncident normalement avec les heures d'ouverture des magasins, c'est la femme qui se charge en règle générale des achats courants de la famille, à l'aide de l'argent que lui remet son mari. Tout ce qu'elle achète de cette manière reste la propriété de son mari. Même si, grâce à ses économies, elle parvient à mettre de côté une partie de l'argent qui lui est ainsi remis pour les soins du ménage, l'argent ainsi mis de côté ou les biens achetés à l'aide de cet argent appartiennent au mari. Les régimes de séparation de biens vont donc jusqu'à refuser de concéder aux époux un droit de propriété conjoint sur l'allocation destinée aux soins du ménage.

Si les deux époux travaillent, les régimes de séparation de biens ne permettent pas de traiter efficacement la famille comme une entité économique. Les cours sont au contraire obligées de rechercher le droit de propriété afin de l'attribuer à l'époux qui a fourni à l'origine l'argent destiné à l'achat. Ceci est particulièrement dommageable lorsque les gains d'un des conjoints ont servi à l'achat de biens durables alors que les gains de l'autre ont permis l'achat de biens consomptibles tels que vacances, nourriture, vêtements d'enfant, etc. Compte tenu des restrictions de crédit déjà examinées auparavant au sujet de la femme mariée, et de la continuité moins certaine des gains de celle-ci, ce sera plus souvent l'argent du mari qui sera utilisé pour les versements bancaires, les achats d'automobile, les paiements hypothécaires, etc. Lorsque l'on

recherche en droit le véritable propriétaire d'un bien, il n'est pas utile de tenir compte des gains de la femme mariée dont la part prise dans le budget familial a permis au mari d'effectuer des versements pour l'achat de biens durables. La loi n'examine pas globalement les finances de la famille et ne détermine la propriété d'un bien donné qu'en fonction de la personne qui l'a précisément payé. Cette règle est valable dans les deux sens, de sorte que ce n'est pas toujours la femme qui est désavantagée. Toutefois, il ne s'agit pas de se demander si c'est la femme ou le mari qui est le plus souvent perdant en l'affaire, mais plutôt de faire en sorte que l'époux dont le revenu d'appoint a permis à l'autre d'acquérir un bien ne se retrouve pas les mains vides.

Si chacun des époux travaille et contribue à l'achat du bien, d'autres règles entrent alors en jeu qui permettent une répartition un peu plus équitable. En règle générale, les deux époux qui ont contribué à l'achat d'un bien en retireront chacun, soit une part proportionnelle à l'argent qu'ils ont chacun apporté, soit une part égale, lorsque la cour estime que les époux avaient l'intention de partager également. Dans de nombreux cas où la cour prononce le partage égal d'un bien, la preuve de l'intention de partager également est loin d'être nette, compte tenu du fait que les personnes mariées ont tendance à agir par le moyen d'ententes tacites et non d'accords formels passés au moment de l'achat du bien en cause. Une tendance des tribunaux en droit moderne canadien est de disposer que les conjoints avaient l'intention de partager également le bien dès que l'on peut prouver qu'ils ont tous deux contribué à l'achat de ce bien, quelle que soit la part respective de leurs contributions. Les tribunaux affirment que le partage égal est la méthode la plus équitable. À notre sens, cette tendance en faveur de l'égalité représente un effort des tribunaux visant à compenser l'incapacité du droit traditionnel de la séparation de biens à présenter des solutions équitables dans des situations où l'activité de la femme a été consacrée principalement aux enfants et aux travaux ménagers, avec des périodes intermittentes de travail à l'extérieur.

Pour qu'il y ait partage, toutefois, il est indispensable que chacun des époux ait contribué directement à l'achat du bien. Aucune doctrine ne permet de déclarer que la contribution apportée au ménage, à la ferme ou à l'entreprise, grâce à la gestion, au travail physique, ou aux soins consacrés au ménage, à la maison ou aux enfants par l'un des époux—et en espèce il s'agira presque toujours de la femme—autorise ce dernier à partager la propriété de l'entreprise, de la ferme, de la maison ou du bien en question.

Bien entendu, il est toujours possible pour l'un des conjoints de faire le don d'un bien à l'autre. C'est la seule façon pour une femme

à la charge de son mari d'obtenir la propriété des biens achetés avec l'argent de son mari, et il s'agit là du seul point sur lequel les régimes de la séparation de biens reconnaissent et, dans une certaine mesure, compensent la situation défavorisée de la femme placée à la charge de son mari. Si le mari achète un bien à l'aide de ses gains et le met conjointement à son nom et à celui de sa femme, il est réputé en droit avoir eu l'intention d'accorder à cette dernière la moitié de la valeur de ce bien. De la même manière, s'il achète un bien en son nom, il est réputé lui avoir accordé la totalité de ce bien. Il s'agit là d'une présomption de récompense qui n'est valable que dans un sens: si c'est la femme qui achète un bien à l'aide de ses gains et qui le met conjointement au nom d'elle-même et de son mari, la présomption veut qu'elle en conserve la propriété entière, et que lui en conserve une part ou la jouissance qu'à titre de fiduciaire. Il s'agit là d'une présomption de fiducie. Ces présomptions peuvent être combattues en apportant la preuve que l'intention de l'acheteur était différente de l'intention présumée, mais en l'absence d'une telle preuve, les femmes mariées deviennent titulaires des droits de propriété ainsi accordés à leur mari et conservent l'entière propriété de ce qu'elles ont acheté et placé au nom de leur mari.

Ces présomptions, et tout particulièrement celle qui porte sur la fiducie, ont fait l'objet ces dernières années de décisions judiciaires les considérant comme sexuellement discriminatoires, ce qui en a diminué l'importance. Il est vrai qu'il fut une époque où l'on ne pouvait imaginer qu'une femme mariée puisse accorder la propriété d'un bien à son mari, mais, en ce temps là, le mari entrait en possession de la plupart des biens et des gains de sa femme en vertu de la loi. Nous estimons aujourd'hui qu'une telle présomption de fiducie accorde une protection superflue et condescendante à la femme mariée et qu'il existe d'autres moyens juridiques d'égaliser la situation du mari et de la femme en matière de biens.

Il convient de signaler que ni la présomption de récompense, ni la présomption de fiducie n'ont reçu une application au Québec de la manière indiquée ci-dessus. Jusqu'à une date récente, la loi interdisait dans cette province les libéralités entre époux.

D'autres dispositions consacrant de manière encore plus flagrante la discrimination entre les sexes existent dans les régimes de séparation de biens. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, le droit de la plupart des provinces oblige le mari à prendre en charge son épouse sans que le contraire soit exigé. Toutefois, le droit de la femme de vivre à la charge de son mari et d'exiger que celui-ci subvienne à ses besoins indispensables, est soumis à une obligation morale selon laquelle elle perd ses droits en cas d'adultère ou d'abandon de sa part du foyer conjugal. L'adultère peut aussi coûter à la femme mariée ses droits de douaire dans les provinces où ce droit existe encore, l'empêcher de rece-

voir la totalité de sa part lui revenant dans la succession de son mari lorsque celui-ci meurt sans laisser de testament, ou l'empêcher de recevoir une part de sa succession lorsqu'il n'a pris aucune disposition ou une disposition insuffisante en sa faveur dans son testament. En règle générale, la loi ne prévoit aucune exception de ce genre pour le mari qui survit à sa femme. Le régime de la séparation de biens est donc bien celui de l'inégalité de l'homme et de la femme devant la loi.

Il est donc évident que l'ensemble de ce corps de loi, dont nous n'avons tiré que quelques exemples, a besoin d'une refonte complète. Le reste de ce document de travail s'attache à étudier les directions dans lesquelles devraient s'exercer les réformes. Nous avons adopté comme principe de base la nécessité d'extirper une fois pour toute du droit canadien les discriminations déplorables établies en fonction du sexe et de mettre en pratique dans la réforme le principe de l'égalité du mari et de la femme. Un certain nombre de distinctions devront bien entendu être conservées dans le droit, ce qui est d'ailleurs dans la nature même du droit. Toutefois, lorsqu'elles seront nécessaires, ces distinctions devront être établies en fonction du rôle effectivement joué par les époux, en fonction du partage des responsabilités qu'ils se sont assignées concernant les gains du ménage, le soin apporté aux enfants ou à la maison, etc. Il n'est pas normal que la loi continue d'imposer à priori que le mari doit remplir une certaine fonction et la femme une autre. En conséquence, le droit doit attribuer une valeur égale aux différentes fonctions des deux conjoints à l'intérieur du ménage, sans privilégier celui qui ramène un salaire, lorsque la propriété d'un bien ne peut être clairement attribuée.

Sans sortir du cadre de la présente étude, il est possible d'affirmer qu'une modification aussi fondamentale du droit sur la séparation de biens devra s'accompagner de réformes correspondantes dans les secteurs où existent des disparités en matière de droits, d'obligations ou d'égalité des chances, selon que la personne mariée est un homme ou une femme.

Principales orientations de la réforme

Il existe trois principales orientations qui permettraient de réformer de manière significative le droit actuel de la séparation de biens.

Premièrement, il serait possible de conserver les régimes de séparation de biens à condition d'accorder aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de transférer un certain nombre de biens de l'un à l'autre des conjoints lors de la dissolution d'un mariage par une procédure judiciaire.

Deuxièmement, les régimes de séparation de biens pourraient être remplacés par un système selon lequel chacun des conjoints serait copropriétaire de l'ensemble des biens acquis par l'un d'eux du jour du mariage au jour de sa dissolution. Les biens communs seraient alors partagés également entre les époux au jour de la dissolution du mariage.

Troisièmement, les régimes de séparation de biens pourraient être conservés dans la mesure où ces biens continueraient à appartenir en propre à chacun des conjoints au cours du mariage, mais lors de la dissolution de celui-ci, l'époux moins favorisé recevrait une compensation; ainsi par exemple la cour pourrait ordonner au moment du divorce que l'époux qui possède le plus de biens en transfère une partie ou l'équivalent en argent à l'époux moins favorisé, effectuant par là même une compensation.

Outre les grandes orientations de réforme que nous venons d'examiner, il conviendrait que le pouvoir législatif s'attache à examiner en détail un certain nombre de domaines précis où des améliorations s'imposent. Il n'est pas indispensable de refondre entièrement le régime des biens pour régler les cas de discrimination les plus flagrants entre les deux sexes que l'on retrouve partout dans les régimes de séparation de biens. Ainsi par exemple, un projet de loi présenté par l'Ontario en 1974 dispose que le mari et la femme mariée sont des personnes juridiques «indépendantes, séparées et distinctes» et, dans le but d'éliminer les incapacités prévues par la loi pour les femmes mariées, il est disposé que toute personne mariée jouit de la même capacité en droit qu'une personne célibataire. Cette position de principe est justifiée dans la loi de la manière suivante:

> [TRADUCTION] il s'agit d'appliquer une seule et même loi à l'homme et à la femme mariés et de supprimer toutes les inégalités de traitement provenant des règles ou de la doctrine de common law . . .

Il ne s'agit là bien entendu que d'une première étape dans la suppression du passé discriminatoire des régimes de séparation de biens. À notre sens cependant, c'est là un bon exemple de ce que l'on peut faire dès maintenant en attendant d'en avoir fini avec la tâche beaucoup plus complexe qui consiste à modifier fondamentalement, ou à remplacer totalement, les régimes de séparation de biens.

De la même manière, il serait possible de procéder indépendamment à la réforme du régime des biens concernant tout particulièrement la maison familiale et son contenu qui pourrait faire l'objet d'un régime spécial venant se greffer sur celui de la séparation de biens en vigueur actuellement ou se combiner avec l'une quelconque des nouvelles orientations de la loi. En raison du fait que la maison familiale est souvent le bien qui représente la plus grande valeur parmi ceux que l'on acquiert au cours du mariage, et du fait de son statut privilégié qui le place au centre de la famille, nous estimons qu'il convient de lui appliquer des règles spéciales ainsi qu'aux meubles qu'elle contient. En vertu de ces règles, sa valeur devrait pouvoir être partagée également entre les deux époux, quel que soit celui qui en a la propriété, chacun d'entre eux prenant part également aux décisions qui la concernent: emprunt d'argent sur hypothèque de la maison familiale, vente de la maison familiale ou problèmes d'affectation et d'occupation y afférant. De manière générale, le même principe devrait s'appliquer aux meubles de la maison familiale, de manière à ce qu'ils ne puissent être enlevés par l'époux qui en est propriétaire sans le consentement de l'autre comme s'ils constituaient des biens ordinaires non soumis à des intérêts familiaux prioritaires.

Il convient de faire remarquer que la combinaison des diverses réformes possibles dépasse de beaucoup le cadre des trois principales orientations décrites ci-dessus. Il est possible d'adapter le régime des biens des époux de manière à satisfaire à peu près tous les droits de l'individu, de la collectivité ou de la société que le Parlement est prêt à reconnaître ou à promouvoir. Nous n'insisterons jamais trop sur l'importance de cet éventail de possibilités; aucune règle ou corps de droit portant sur les régimes de biens ou les relations financières des époux ne sont immuables, qu'ils s'agissent de règles héritées du passé, ou des propositions présentées par la Commission. Une modification s'imposera chaque fois qu'entreront en jeu les principes d'équité ou d'égalité que nous cherchons à mettre en pratique aujourd'hui au Canada. Passons maintenant aux détails des principales orientations de réforme.

Première orientation: Séparation de biens laissée à la discrétion de la cour

Cette orientation s'appuie sur le principe de la conservation du régime de séparation de biens de sorte que chaque bien en particulier resterait la propriété de l'époux qui l'a acheté. Toutefois, lors de la dissolution du mariage en vertu d'une ordonnance judiciaire, la cour disposerait de pouvoirs étendus lui permettant d'ordonner à l'un des époux de transférer à l'autre une partie des biens ou de lui verser une compensation en argent. De la même manière, la cour pourrait exercer son pouvoir en matière de biens transférables aux enfants nés du mariage.

L'Angleterre, la Nouvelle-Zélande, la Colombie-Britannique et les Territoires du Nord-Ouest ont tous adopté récemment des régimes de ce type. Nous nous attacherons avant tout à l'examen du système anglais, en raison principalement du fait que les nouveaux régimes de séparation discrétionnaire de biens opérant au Canada n'ont été institués que très récemment.

En Angleterre, les cours sont habilitées à exercer des pouvoirs discrétionnaires de ce type au moment d'accorder une ordonnance de divorce, de nullité ou de séparation judiciaire prise au cours des procédures qui suivent. Il est intéressant de noter que les cours anglaises examinent le problème de l'entretien conjointement et selon les mêmes critères que ceux utilisés lors de la séparation de biens entre les époux.

Actuellement au Canada, si l'on excepte les modifications récentes survenues en Colombie-Britannique et dans les Territoires du Nord-Ouest, la cour qui accorde le divorce à des époux soumis au régime de la séparation de biens ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire qu'au sujet de l'entretien et ne dispose d'aucune possibilité d'intervention en matière de titres de propriété. À notre avis, la communauté familiale ne peut être liquidée de manière satisfaisante si les tribunaux ne sont pas autorisés à corriger les disparités économiques survenues au cours du mariage. Ce manque de rigueur économique qui représente une mauvaise solution sur le plan social constitue une grosse lacune de la loi, ce que vient confirmer le fait que l'Angleterre a aujourd'hui abrogé certaines caractéristiques fondamentales des régimes de séparation de biens après en avoir fait don au Canada et à de nombreux autres pays.

Les tribunaux anglais sont habilités à prendre des ordonnances pourvoyant à l'entretien des personnes à charge de la famille ainsi qu'au transfert des biens et autres dispositions prises au bénéfice de l'un des époux ou des enfants du couple. La cour est tenue d'exercer ses pouvoirs discrétionnaires de manière à placer les parties, dans la mesure du possible et compte tenu de leurs antécédents, dans la même

position financière que celle dont ils auraient pu jouir si le mariage avait duré. Dans le cadre de cette démarche d'ordre général, la cour se doit d'examiner les éléments suivants:

a. revenu, capacité de gains, biens et autres ressources financières dont chacun des conjoints dispose ou pourra disposer dans un avenir prévisible;
b. besoins financiers, obligations et responsabilités auxquels chacun des conjoints doit faire face ou auxquels ils s'attendent dans un avenir prévisible;
c. niveau de vie du couple avant la dissolution du mariage;
d. âge des conjoints et durée du mariage;
e. incapacité physique ou mentale éventuelle d'un ou des deux conjoints;
f. contributions apportées par chacun des conjoints au bien-être de la famille, y compris celles qui concernent les soins apportés au ménage ou à la famille;
g. en cas de procédures en divorce ou en nullité du mariage, valeur pour l'un des conjoints d'un bénéfice (pension par exemple) qu'en raison de la dissolution ou de l'annulation du mariage, ce dernier ne pourra retirer.

Il est intéressant de constater que la cour tient compte des «revenu, capacité de gains, biens et autres ressources financières» de *chacun* des époux. Même s'il est vrai que cette loi rompt avec la tradition des droits de propriété irrémédiablement attachés à l'un des conjoints, ce qui constitue un changement d'importance pour le mari qui rapporte l'argent dans la maison, elle permet d'un autre côté, en insistant sur les moyens et capacités financières de chacun des époux, de rejeter aux oubliettes la conception dépassée selon laquelle le mariage constitue pour la femme un moyen de se faire entretenir sa vie durant quelle que soit sa capacité propre à subvenir à ses besoins.

Un deuxième trait caractéristique de cette loi est l'importance qu'elle accorde aux contributions faites par chacun des conjoints en vue du bien-être de la famille «*y compris celles qui concernent les soins accordés au ménage ou à la famille*». Cela revient à reconnaître en droit la réalité pourtant évidente selon laquelle lorsqu'il y a répartition des tâches à l'intérieur du couple, comme c'est généralement le cas, celles qui concernent les soins du ménage, aux enfants, ou autres fonctions similaires que remplissent généralement les femmes, ont la même valeur et la même dignité en droit que le fait de contribuer financièrement à la tenue du ménage grâce à un travail extérieur salarié. Nous sommes persuadés qu'il s'agit là d'une évolution et non d'une révolution même si cela apparaît comme une hérésie aux tenants de la conception traditionnelle de séparation de biens avec toutes les conséquences qu'elle entraîne pour le couple. Le fait même qu'un tel sujet puisse encore faire l'objet d'une discussion au vingtième siècle illustre bien la facilité avec laquelle les principes juridiques peuvent se scléroser, étouffant par là même la justice.

La nouvelle orientation prise en Angleterre ne signifie pas que le régime des biens des personnes mariées échappe aux préceptes de la loi. Le Parlement anglais a tout simplement décidé que le mariage serait régi à l'avenir par des principes de droits nouveaux et plus équitables.

Notre intention n'est pas d'examiner en détail les différences et les similitudes des nouvelles lois conférant aux tribunaux des pouvoirs d'appréciation en matière de biens matrimoniaux, aujourd'hui en vigueur en Angleterre, en Nouvelle-Zélande, en Colombie-Britannique et dans les Territoires du Nord-Ouest. Le lecteur qui s'intéresse à ces problèmes pourra se reporter à l'étude comparée et aux analyses détaillées présentées par la Commission dans son projet de réforme du droit de la famille. Dans le cadre de la présente étude, il suffira de dire que ces différentes lois confèrent aux tribunaux un pouvoir d'intervention dans les biens du couple qui lui était refusé jusqu'alors dans le cadre du régime classique de séparation de biens.

Une répartition des biens soumise à l'appréciation du juge, même si le principe en est simple, entraîne un certain nombre de difficultés non négligeables à la fois sur le plan des principes et sur celui de l'application concrète dans chaque cas particulier. La principale difficulté est peut-être de déterminer de quelle manière la conduite de chacun des époux peut influer sur son droit au partage des biens. Deux manières différentes d'aborder ce problème nous sont fournies par les lois anglaises et néo-zélandaises. La loi néo-zélandaise dispose:

> [TRADUCTION] lorsqu'il fixe le montant de la part ou du droit du mari ou de la femme sur un bien particulier ou sur le produit de la vente de ce bien, (le juge) ne devra pas tenir compte d'une éventuelle conduite fautive de la part d'un des conjoints si cette conduite est indépendante de l'acquisition du bien en litige, de son importance ou de sa valeur.

Les problèmes d'infidélité ou la question de savoir si l'on a affaire à «un bon mari», à «un bon à rien» ou si l'un des conjoints a réussi à convaincre le tribunal qu'il s'est comporté conformément à ce que l'on pouvait attendre par exemple «d'une simple femme de fermier» sont tout simplement ignorés par les tribunaux de Nouvelle-Zélande lorsqu'il s'agit de répartir les biens des conjoints, à moins que la conduite en cause ait d'une manière ou d'une autre un lien direct avec le bien faisant l'objet de la procédure judiciaire. En Angleterre par contre, le tribunal chargé de répartir les biens des époux est appelé expressément à s'interroger sur la conduite de ces derniers dans un sens plus large. Les questions d'adultère ou de faute entraînant la dissolution du mariage sont prises en considération et viennent contrebalancer des points positifs tels que le fait de ne pas boire, d'apporter consciencieuse-

ment l'argent à la maison, de bien élever ses enfants, et autres activités qui constituent la toile de fond du mariage. Les cours anglaises ont peu apprécié le fait d'avoir ainsi à récompenser ou à pénaliser les qualités ou les faiblesses humaines sous forme de droits de propriété et elles ont adopté en conséquence, grâce au biais de l'interprétation judiciaire, une position selon laquelle une inconduite ne pourra modifier le partage des biens entre époux que lorsqu'elle présente «un caractère notoire et scandaleux».

Un autre inconvénient du partage discrétionnaire des biens est l'impossibilité d'en prévoir le résultat. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit tenir compte d'un grand nombre d'éléments hautement subjectifs et les juges sont sujets comme les autres à les apprécier diversement, suivant l'importance relative qu'ils accordent aux différents éléments pris en compte. Si tel type de conduite doit influencer dans une certaine mesure le partage discrétionnaire des biens du couple, ce qui ne manquera pas de se produire, il est alors inévitable qu'elle sera interprétée diversement suivant les juges. Un système discrétionnaire amènera donc inévitablement les avocats à «rechercher le bon juge», pratique qui se fera au détriment de l'une ou l'autre des parties et qui tendra à encombrer les tribunaux de requêtes inutiles et de procédures visant à retarder le cours de la justice. En outre, les jugements rendus dans un tel système étant de nature subjective, il peut arriver qu'un certain nombre d'affaires dont les faits sont essentiellement identiques soient traitées différemment, faisant par là preuve d'injustice, sinon en réalité, du moins en apparence.

Un autre inconvénient de ce système discrétionnaire provient de l'absence de droits précisément fixés par la loi. Même si l'égalité est élevée au rang de principe, la nature même de ce pouvoir discrétionnaire autorisera la cour à prendre toute disposition qu'elle juge appropriée dans un cas donné. Ainsi une personne mariée n'a pas un *droit* à l'égalité, mais simplement un *espoir* de l'obtenir. Si le principe d'égalité n'était pas incorporé à la loi établissant le pouvoir discrétionnaire, il serait exact d'affirmer qu'une personne mariée ne disposerait d'aucun droit de propriété au moment du divorce. Notre propos n'est pas ici d'examiner comment les choses se passeraient en pratique, puisque nous savons que les tribunaux feraient de leur mieux pour éviter toute injustice découlant du partage discrétionnaire. Il s'agit plutôt de souligner l'avantage psychologique pour une personne de savoir qu'elle possède un droit positif garanti et protégé par la loi.

On peut supposer que si le Parlement n'établit pas un certain nombre de droits fixes, les tribunaux seront amenés à élaborer un certain nombre de règles de conduite afin d'exercer convenablement leur pouvoir discrétionnaire dans chaque cas précis. En attendant que ces

règles d'interprétation judiciaire soient définitivement fixées, l'incertitude qui ne manquera pas d'en résulter amènera les personnes mariées à se tourner vers les tribunaux pour trancher leur litige en matière de biens. Ce n'est que lorsque sera réalisée l'uniformisation des décisions judiciaires sur ce point que les avocats des conjoints pourront conseiller ces derniers sur la manière dont leur cause sera réglée par les tribunaux et, partant de cette base, faire en sorte qu'ils parviennent à un accord. En attendant, le système aura tendance à multiplier les conflits en justice. En outre, cette situation sera au détriment du conjoint non propriétaire, qui devra établir l'existence d'un droit sur un bien dont la propriété est détenue par l'autre.

Le principal avantage de ce système discrétionnaire est la facilité avec laquelle il pourrait être adopté par toutes les juridictions disposant actuellement d'un régime de séparation de biens. L'adoption de ce système ne bouleverserait pas les règles juridiques en vigueur, même s'il entraîne des conséquences sociales ou économiques, et n'obligerait pas non plus les personnes mariées à réorganiser entièrement leurs affaires.

Parmi les trois principales orientations examinées dans le cadre du présent document de travail, celle-ci est la plus souple. Etant donné que nous nous prononçons en faveur du principe d'égalité de traitement pour tous, nous estimons que cette souplesse est importante non pas parce qu'elle incite les cours à ne pas partager automatiquement les biens des époux en parts égales au moment du divorce, mais parce qu'elle permet à celles-ci de régler équitablement les problèmes difficiles que pose la période de transition qui suit l'introduction non seulement de nouvelles règles de partage des biens mais aussi de nouveaux concepts régissant l'entretien et les autres liens économiques de la structure familiale.

Le système de partage discrétionnaire des biens, contrairement à un système qui obéirait à des règles fixes, est probablement le mieux en mesure de contrecarrer les manœuvres visant à éviter le partage. Dans un système de règles fixes, il est possible à une personne mariée qui sait manier les lois d'organiser ses affaires de manière à éviter d'avoir à partager les biens avec son conjoint. Un système de règles fixes a tendance à faire appliquer la loi dans sa lettre, alors que la discrétion judiciaire en révèle l'esprit.

De la même manière, il est probablement plus facile de régler le cas des enfants dans le cadre d'un système discrétionnaire que par le moyen de règles fixes. Quel que soit le régime de répartition des biens, la cour devrait pouvoir ordonner une répartition ou un transfert en faveur des enfants du mariage. L'intérêt de chaque enfant en particulier est une question de fait et non de droit et il serait très difficile de trouver

une formule législative permettant de traiter cette question sans avoir à recourir à la discrétion judiciaire. Si cette discrétion est exercée en faveur de l'enfant, affectant par elle-même les droits de propriété de l'un ou des deux parents, il est plus facile d'obtenir des résultats équitables si la cour a la possibilité d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à veiller à ce que les dispositions prises en faveur de l'enfant ne lèsent pas un des parents par rapport à l'autre.

Dans le cadre du système de partage discrétionnaire des biens, il n'est pas nécessaire de prévoir des règles stipulant que certains biens peuvent faire l'objet de partage et d'autres non. La cour sera libre d'examiner l'ensemble de la situation économique du ménage et non se borner simplement à répartir les actifs acquis au cours du mariage. Il convient de faire remarquer sur ce point que même s'il semble préférable du point de vue législatif de ne prévoir le partage que des seuls biens acquis postérieurement au mariage, il peut se produire certains cas où une application aussi rigide de ce principe serait contre-indiquée. L'existence d'un système discrétionnaire aurait l'avantage de permettre toutes les possibilités de partage en laissant à la cour le soin de veiller à ce que la justice soit rendue de manière équitable dans chaque cas particulier.

Deuxième orientation: La communauté de biens

Le concept de communauté des biens appartenant aux époux part du principe que le mariage constitue entre autre une communauté économique. En tant que telle, cette communauté est le résultat des efforts et de l'industrie personnelle de chacun des époux. Tout ce qui est acquis à la suite de ces efforts ou de cette industrie *tombe dans la communauté et leur appartient également.*

Des régimes de communauté de biens existent au Québec, dans de nombreux pays d'Europe et dans huit États des États-Unis. Le régime de communauté de biens du Québec, de même que celui de séparation de biens, peut être choisi librement dans cette province par les personnes mariées qui ne souhaitent pas être régies par le régime prévoyant une séparation de biens au cours du mariage avec répartition fixée par la loi au moment du divorce.

Le principe sur lequel repose la communauté de biens est très simple: les gains de chacun des époux ou les biens achetés avec ces gains tombent dans la communauté sur laquelle chacun des époux possède un droit égal. Lors de la liquidation de la communauté, survenue par exemple à l'occasion du divorce, les actifs de la communauté, après paiement des dettes, sont partagés également entre les deux

conjoints. La communauté peut aussi se trouver dissoute par la mort d'un des conjoints, et dans certaines juridictions dont le Québec, par un changement de régime matrimonial ou par adoption d'un contrat de mariage par les conjoints. Cette formule simple recouvre un certain nombre de règles assez complexes. Nous nous contenterons dans le cadre de cette étude d'examiner les principes généraux des régimes de communauté de biens et d'en relever les principaux points litigieux sans entrer dans les détails.

Sous le régime de la communauté, il existe trois sortes de biens: les biens propres au mari, les biens propres à la femme et les biens appartenant à la communauté. De manière générale, les biens en possession de l'un des époux avant le mariage continuent à lui appartenir en propre de même que les biens qu'il acquiert au cours du mariage par voie de libéralité ou d'héritage. Les biens propres ne sont pas répartis au moment du divorce et restent aux mains de leur ancien propriétaire. Tous les autres biens, quel que soit leur mode d'acquisition, tombent dans la communauté sur laquelle chacun des époux a un droit immédiat dès que le bien est acheté ou autrement acquis et qui fera l'objet d'un partage égal au moment du divorce. Dans certaines juridictions, quiconque fait don d'un bien à une personne mariée doit préciser si ce bien devra être considéré comme un bien propre de son bénéficiaire. En l'absence d'une telle disposition ce bien serait considéré comme un don fait conjointement aux deux époux, même s'il n'est remis qu'à l'un d'entre eux, et tombera de ce fait dans la communauté. Dans la province de Québec, certains biens détenus avant le mariage tombent dans la communauté mais il est possible de faire don de ces biens à une personne célibataire en mettant comme condition qu'il doit rester en propre à cette personne, même si elle se marie sous le régime de la communauté de biens.

Sous le régime de la communauté de biens, l'ensemble des biens détenus par l'un quelconque des époux au moment du divorce fait l'objet d'une présomption légale selon laquelle il est réputé appartenir à la communauté, sauf preuve contraire. Dans de nombreux cas, les époux ne peuvent se prévaloir d'un titre de propriété suffisant ou apporter la preuve que l'argent utilisé lors de l'acquisition du bien leur appartenait en propre. Il s'ensuit en droit un phénomène «de confusion des actifs», c'est-à-dire que les biens propres de chacun des époux finissent par se mélanger à ceux de l'autre époux et aux biens de la communauté, constituant par là même une masse partageable au moment du divorce. Ce phénomène de confusion place les époux dans l'impossibilité d'établir que certains biens leur appartenaient en propre avant le mariage ou leur appartiennent en propre pour toute autre raison.

Il n'en reste pas moins que la loi qui a établi les régimes de communauté de biens ne partait pas du principe qu'une telle confusion était souhaitée par la majorité des gens et, en conséquence, on a élaboré un certain nombre de règles et de formules assez complexes permettant aux personnes mariées sous ce régime de disposer des trois types de biens qui leur sont offerts, à savoir, les biens propres du mari, les biens propres de la femme et les biens de la communauté. Ces règles et ces formules font de ce régime, dont le principe est finalement très simple, un système assez complexe en pratique. Ainsi par exemple, la règle veut qu'un bien acquis après le mariage en remplacement d'un bien propre n'entre pas en communauté. Cela signifie que lorsque l'un des époux désire remplacer ou conserver un bien obtenu en remplacement d'un bien qui lui était propre avant le mariage, il doit conserver la trace de chaque transaction afin qu'au moment du divorce il soit possible de retrouver l'origine des biens acquis en remplacement des biens propres. Si cette personne n'a pas tenu des comptes précis, ce bien obtenu en remplacement est réputé appartenir à la communauté et sera partagé également entre les époux au moment de la dissolution du mariage.

Même si l'on suppose que les biens propres de chacun des époux restent identifiables, il est indispensable de prévoir des règles spéciales lorsque l'argent de la communauté est consacré à l'entretien ou à la conservation de ces biens. Ainsi par exemple, si le mari possède en propre une maison et la fait réparer à l'aide de l'argent de la communauté, cet argent doit être remboursé au moment du divorce à concurrence de la valeur des réparations. S'il vend cette maison pour en acheter une autre en complétant la somme nécessaire à l'achat grâce à l'argent de la communauté, la règle veut que si plus de cinquante pour cent du prix de la deuxième maison provient de la première, cette deuxième maison lui reste en propre, sauf à prévoir une récompense à la communauté au moment du divorce. Si au contraire plus de cinquante pour cent du prix de la deuxième maison a été prélevé sur la communauté, elle perd son caractère de bien propre et devient propriété de la communauté. Dans ce deuxième cas, la communauté devra récompense au mari au moment du divorce, équivalente au montant de la vente de la maison qui lui appartenait en propre. Lorsque l'on sait que la plupart des couples ne disposent que d'une seule source de revenu, qui appartient à la communauté, et qu'au cours du mariage de nombreux biens propres seront réparés ou conservés à l'aide de ces revenus, ou encore vendus ou échangés contre d'autres biens en utilisant le produit de la vente plus les fonds de la communauté, on imagine parfaitement les difficultés comptables qu'un tel régime pose en pratique au cours du mariage et des problèmes que pose la distinction entre biens propres et biens de la communauté lors de la dissolution de celui-ci.

Dans certains régimes de communauté de biens, le revenu que tire un des conjoints de ses biens propres (par exemple, produit de la location d'un immeuble d'habitation appartenant en propre à l'un des conjoints) tombe dans la communauté. Dans d'autres régimes, la règle est l'inverse, de sorte que l'un des conjoints est autorisé à conserver ce revenu en propre à condition toutefois qu'il puisse établir au moment du divorce qu'il a tiré ce revenu d'un bien propre.

En ce qui concerne le passif, certains régimes de communauté de biens établissent une distinction entre les dettes contractées du fait de la communauté, telles que charges du mariage ou dettes relevant de l'exploitation d'une entreprise de la communauté, et les dettes contractées en matière d'achat et de transfert d'un bien propre ou de gestion d'une entreprise appartenant en propre à l'un des époux. Dans d'autres régimes, les biens de la communauté garantissent les dettes du mari mais non celles de la femme. Ainsi, dans la province de Québec par exemple, la question de savoir si le poids d'une dette doit être supporté par la communauté, par le patrimoine propre du mari, par le patrimoine propre de la femme ou par plusieurs d'entre eux en même temps, est résolue différemment suivant que la dette a été contractée par le mari, par sa femme en son nom propre, par sa femme en tant que son mandataire, par sa femme sans qu'il ait fait opposition, par sa femme alors qu'il a fait opposition, par sa femme qui exploite une entreprise avec son autorisation, ou encore sans son autorisation, à moins que cette dette n'ait été contractée solidairement par les deux époux. Les droits de la personne devant bénéficier de l'argent peuvent varier considérablement suivant la manière dont est classée la dette. Nous ne voulons pas par ces exemples entrer dans le détail des règles et des exceptions qui s'appliquent dans chaque catégorie de dettes, mais tout simplement préciser, même si c'est un peu long, jusqu'à quel point le principe d'équité à la base de tout régime de communauté de biens n'est pleinement réalisé que grâce à un ensemble de règles juridiques très structurées qui concernent non seulement les conjoints mais aussi les tiers. Il convient de se rappeler par ailleurs que les biens correspondant à chaque catégorie de dettes ne portent pas toujours l'étiquette simple de «biens de la communauté», «biens propres du mari» ou «biens propres de la femme», du fait de la confusion fréquente des actifs ou des différentes subrogations pouvant se produire pour un même bien, ainsi par exemple lorsqu'un bien propre a reçu des améliorations grâce à l'argent de la communauté. Compte tenu de cette situation, les créanciers du couple seront parfois à la merci de l'exactitude des comptes tenus par ces derniers.

Lorsque l'on a admis que l'équité exige la coexistence de biens propres et de biens communs à l'intérieur du régime de communauté

de biens, ce qui est vrai quelles qu'en soient ses variantes, il faut encore admettre le caractère indispensable de règles détaillées permettant de s'assurer que les biens communs des époux ne sont pas grevés par les dettes que l'un d'entre eux a contractées en dehors de la communauté, et il est tout aussi indispensable de faire en sorte que les personnes qui fournissent des services, vendent des biens ou consentent un crédit aux époux ne soient pas privées d'un droit de suite légitime si le débiteur a les moyens d'acquitter sa dette. Il ne s'agit pas là de questions juridiques abstraites mais de problèmes qui pourraient se poser immédiatement aux provinces ou aux territoires qui envisagent sérieusement de passer de la séparation de biens à la communauté de biens. Les personnes mariées passent continuellement des contrats portant création d'une dette et l'adoption d'un régime de communauté de biens entraînera automatiquement des modifications profondes de la vie économique dans la juridiction correspondante. La décision politique qu'il s'agira de prendre consistera à se demander si la complexité accrue d'un tel régime est compensée par les avantages que la société peut retirer de l'acquisition de droits de propriété immédiats par chacun des conjoints du couple.

Des problèmes semblables à ceux que pose la garantie des dettes se présentent dans le cadre des régimes de communauté de biens au sujet de la responsabilité civile de la communauté, soit en l'espèce dans le cas de blessures infligées par une personne mariée à un tiers. En vertu des règles régissant les régimes de communauté de biens, l'époux responsable doit supporter avec ses biens propres les charges découlant des blessures occasionnées à un tiers. À ce sujet, il ne faut pas oublier toutefois que la plupart des couples mariés ne disposent pas de patrimoine propre très étendu. La majorité, et parfois la totalité de leurs actifs, est constituée par leurs biens communs et le problème se pose alors de savoir si la responsabilité doit s'étendre à ces biens communs du fait de la responsabilité civile encourue par l'un des époux.

Il est bon pour la société que les victimes d'actes délictueux en matière civile puissent obtenir une compensation par voie judiciaire. D'un autre côté, il est essentiellement dans l'intérêt du public que les droits de l'époux innocent soient protégés, c'est-à-dire que l'on fasse en sorte que l'époux qui n'encoure aucune responsabilité ne soit pas privé des biens communautaires du fait du préjudice causé par son conjoint. Dans certaines juridictions, la communauté est engagée par les jugements rendus en matière de responsabilité civile contre le mari mais non contre la femme. Dans d'autres, la communauté est engagée lorsque la conduite délictuelle est le fait de l'un ou de l'autre des époux, ce qui revient à favoriser la victime par rapport à l'époux innocent. Dans d'autres juridictions encore, la communauté est engagée par les juge-

ments rendus à l'encontre de l'un des époux à la condition que le délit ait été commis dans le cadre de l'exploitation d'une «entreprise communautaire» et qu'il soit possible de le rattacher à l'existence du mariage. Une quatrième solution engage la communauté pour une moitié en cas de jugement prononcé à l'encontre d'un des époux.

À l'image de ce que nous avons déjà déclaré à propos des dettes, les juridictions qui voudront passer d'un régime de séparation de biens à un régime de communauté de biens seront tenues d'analyser tous ces problèmes en détail de manière à élaborer des lois permettant d'identifier et de résoudre les divers intérêts en présence.

La communauté de biens est en soi source de conflits du seul fait qu'elle prévoit une masse de biens sur laquelle deux personnes possèdent des droits. Traditionnellement, la loi résout ce problème en faisant du mari «l'administrateur de la communauté», ce qui permet d'ignorer le problème en niant que les intérêts des époux puissent entrer en conflit. Par contre, cette solution n'offre aucun recours à la femme mariée dont le mari dissipe les biens de la communauté, qui en droit lui appartiennent autant qu'à lui, du fait de sa négligence, d'une mauvaise gestion ou tout simplement de sa bêtise. Tout au plus il est possible de justifier ce principe du mari administrateur en alléguant que la majeure partie des biens de la communauté proviennent de ses gains propres. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'un cas flagrant de discrimination sexuelle tout aussi inacceptable dans le cadre de la communauté de biens que dans celui de la séparation de biens. Cette conception du mari administrateur a été modifiée dans la plupart des législations par des dispositions requérant par exemple le consentement des deux conjoints pour toute libéralité effectuée au dépens de la communauté ou pour tout transfert d'un immeuble appartenant à cette communauté. Sur le plan des principes toutefois, nous estimons, en accord avec l'évolution récente d'un grand nombre de juridictions américaines en matière de biens communautaires, qu'il convient de réviser les règles d'administration traditionnelles pour les remplacer par un système d'administration conjointe. En vertu d'un tel système, chacun des époux peut administrer les biens de la communauté, pourvu que, dans le cas de certaines transactions importantes portant généralement sur les biens immobiliers ou sur les actifs de valeur, la décision soit prise conjointement.

Quelles que soient les règles d'administration prévues dans un régime de communauté de biens donné, il est inévitable que certains conflits vont se produire entre les époux, et qu'il conviendra de les régler en tenant compte des droits de chacun. En conséquence, tous ces régimes prévoient une procédure de recours judiciaire lorsqu'il est reproché à l'un des époux d'avoir refusé sans raisons valables d'accorder son consentement indispensable à l'exécution d'une transaction, de mal

administrer les biens de la communauté ou de menacer les intérêts de son conjoint par une gestion frauduleuse ou imprudente. Un grand nombre de personnes fidèles à la tradition de la séparation de biens considéreront cette mesure comme une intrusion inacceptable de la part de l'État dans la vie privée et l'autonomie de la famille. Les habitués de l'administration et du fonctionnement des cours y verront un fardeau de plus pour le système judiciaire déjà surchargé, sans oublier le fait que les tribunaux seront ainsi amenés à régler des affaires de nature plus sociale que juridique. En outre, ces procédures judiciaires seront à la fois lourdes et onéreuses.

À l'encontre de ces objections, il faut tout d'abord faire remarquer qu'un usage aussi marqué des tribunaux est contraire à la tradition des régimes de séparation de biens parce que ces derniers se sont tout simplement contentés de laisser sans grand recours l'époux non propriétaire. Ce principe «de la non-intervention des agents du roi» dans les affaires de propriétés privées partait sans doute à l'origine d'un sentiment très noble et de la reconnaissance en toute bonne foi que l'intervention des tribunaux dans les affaires privées de tous les jours ne pouvait se justifier en droit. Toutefois, une telle intervention ne peut plus être considérée comme inadmissible dès lors que cette même loi, pour une raison ou pour une autre, soumet l'un des époux au bon plaisir de l'autre en lui refusant le droit et la dignité d'être égal à l'autre. Quel que soit le système appelé à remplacer celui de la séparation de biens tel qu'il existe actuellement, et nous considérons que ce remplacement est aussi inévitable que souhaitable, la création de droits nouveaux devra s'accompagner d'un moyen de les revendiquer. Le fait que les tribunaux devront consacrer davantage de temps que sous le régime actuel à régler les conflits conjugaux survenus à propos des biens communautaires est un argument légitime si l'on s'oppose à l'introduction d'un régime communautaire mais non au remplacement du régime actuel de séparation de biens par un système plus juste. Quelle que soit l'orientation choisie par les législations qui disposent actuellement du système traditionnel de séparation de biens, il faudra que les procédures des tribunaux et la conception même du rôle de la justice fassent passer dans le droit une réalité de fait dans le Canada d'aujourd'hui qui consiste à reconnaître l'égalité de l'homme et de la femme mariés.

L'adoption de la communauté de biens entraîne de nombreuses répercussions que le manque d'espace ne nous permet pas d'aborder ici. Le passage de la séparation de biens à la communauté de biens amènera à repenser et à modifier non seulement l'ensemble du droit de la famille, des provinces et des territoires mais aussi le droit concernant les successions testamentaires et ab intestat, les libéralités, les pensions, le commerce, les assurances, la propriété et le bail, y compris de la maison

familiale, et l'enregistrement des droits fonciers. Parmi les trois grandes orientations examinées au cours de cette étude, la communauté de biens est celle qui entraîne les modifications les plus larges et les plus fondamentales sur le plan économique et social. L'adoption de la communauté de biens modifie les relations non seulement des époux mais aussi des tiers qui ont affaire avec une personne mariée. Elle rend plus difficile la détermination de la propriété et la recherche de l'argent et des actifs consacrés à un grand nombre d'activités alors qu'aucune obligation de ce type n'existe dans le cadre des régimes de séparation de biens. Même si ces problèmes sont loin d'être insurmontables et s'ils ont déjà été résolus par de nombreux moyens, il faut en tenir compte avant de se prononcer sur l'éventualité de l'adoption d'un tel régime.

D'autre part, lorsque l'on introduit un régime de communauté de biens dans un contexte fédéral, tel que le Canada, des problèmes de conflit de droits viennent immédiatement se poser. Du fait de la mobilité de la population du pays, qui passe constamment d'une province à l'autre, on en arrivera à se demander très souvent si par exemple les droits de propriété entre époux, les droits d'héritage ou les droits des créanciers sont régis par le droit de la communauté de biens ou par celui de la séparation de biens. De nombreux points de conflit entre les différents droits sont maintenant résolus du fait de l'existence par le passé d'un régime de communauté de biens au Québec. Mais certaines lacunes subsistent dans le droit actuel, certaines d'entre elles étant difficiles à résoudre. À notre avis, si plusieurs provinces devaient adopter un régime de communauté de biens, l'ensemble des règles de satisfaction, de sorte qu'il faudrait encore de nombreuses procédures judiciaires avant de parvenir à une formule bien établie.

En raison même de ses caractéristiques originales, nous estimons que l'adoption d'un régime de communauté de biens entraînerait davantage de conflits judiciaires que les deux autres orientations examinées. À l'image du système discrétionnaire exposé plus haut, l'adoption d'un régime communautaire entraînerait un surcroît d'activités judiciaires lors des premières années suivant sa mise en place, ne serait-ce que parce que toute loi, quel que soit le soin avec lequel on la rédige, peut difficilement prévoir tous les cas particuliers lorsqu'il s'agit de régler les problèmes de propriété entre époux. Contrairement toutefois au système discrétionnaire, le régime de communauté de biens aura des répercussions directes sur le droit des tiers et l'on peut s'attendre à ce que ces derniers fassent appel aux tribunaux lorsqu'ils s'estimeront lésés par le nouveau régime ou lorsque la loi sera incomplète ou manquera de clarté.

Le problème de savoir si le régime de communauté de biens présente suffisamment d'avantages, par rapport à un régime discrétionnaire ou au système de partage différé que nous examinerons plus loin, relève de choix de priorité très complexes. Nous estimons qu'il existe fondamentalement deux options. D'un côté, il y a l'avantage pour les époux de disposer de leurs biens en commun. Non seulement ce principe fait passer dans les faits l'existence d'une communauté mais il renforce par ailleurs l'institution du mariage en procurant des avantages affectifs et psychologiques à l'époux qui ne gagne pas sa vie au dehors. D'un autre côté, force est de constater que l'adoption de la communauté de biens par une législation qui a toujours connu la séparation de biens suppose une modification radicale des coutumes et des mentalités, d'où la nécessité non seulement pour les couples mariés mais aussi pour les tiers d'apprendre et d'utiliser de nouvelles règles complexes dans la vie de tous les jours.

Troisième orientation: Le partage différé

Le partage différé, appelé parfois communauté de biens différée, part du principe qu'il doit y avoir séparation de biens au cours du mariage et partage égal de ces biens au moment du divorce. Le partage différé est donc en quelque sorte un moyen terme entre la séparation de biens d'une part, et la communauté de biens de l'autre. On trouve des régimes de partage différé au Danemark, en Suède, en Norvège, en Finlande, en Allemagne de l'Ouest et en Hollande. Au Canada, le Québec a adopté en 1970 un régime de partage différé intitulé: «société d'acquêts», dont elle a fait le régime légal qui s'applique à toutes les personnes mariées qui ne se prononcent pas en faveur de la communauté ou de la séparation de biens. En outre, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a, au printemps 1974, présenté une proposition officielle et détaillée au gouvernement provincial afin qu'un régime de partage différé connu sous le nom de «matrimonial property regime» soit incorporé dans le droit de cette province et remplace sur de nombreux points importants le régime de séparation de biens de l'Ontario. Bien que présentant un certain nombre de différences de principe avec celui de la société d'acquêts du Québec, ce régime y reçoit une application assez semblable.

Le principe sur lequel s'appliquent les régimes de partage différé est simple. De manière générale, tous les biens acquis par l'un ou l'autre des époux au cours du mariage sont partagés également lors de la dissolution de celui-ci. Il existe un certain nombre d'exceptions à cette règle, que nous examinerons plus tard. Afin d'expliquer en général le fonctionnement d'un tel régime, nous prendrons l'exemple du partage

différé mis au point par la Commission de réforme du droit de l'Ontario dont l'adoption a dû tenir compte des problèmes particuliers posés dans une province qui ne disposait jusque-là que d'un régime de séparation de biens.

Le régime de partage différé proposé en Ontario vise clairement à remédier aux lacunes du régime actuel de séparation de biens lorsqu'il s'agit de régler les problèmes posés par le divorce. Il a été recommandé toutefois que le divorce ne soit pas la seule cause de dissolution du régime. Le partage des actifs du couple aura lieu aussi bien à la mort de l'un des époux, à la demande conjointe présentée à la cour par les époux et demandant la dissolution du régime ou à la demande présentée à la cour par l'un des époux lorsque la cohabitation normale a pris fin et que celui-ci a tout lieu de craindre que sa part n'est plus en sécurité du fait des actions de l'autre, enfin lorsque l'un des époux s'est servi de la maison familiale pour constituer une sûreté, gracieusement ou contre argent, sans le consentement de l'autre. Le partage en parts égales aura lieu de la même manière lors d'une procédure en déclaration d'état demandant que le mariage soit déclaré nul et non avenu. En d'autres termes, si un tel régime se préoccupe avant tout du divorce, il n'est pas indispensable que les époux soient divorcés pour bénéficier du partage.

Le partage différé part du principe que le mariage constitue une communauté à la fois économique et sociale. A l'heure actuelle, la plupart des gens mariés sous le régime de la séparation de biens ont conscience que la bonne marche de leur union dépend d'eux sur le plan social mais partent du principe que la loi, quelle qu'en soit la nature, doit faire en sorte que les aspects économiques de leurs relations soient traités de manière juste et équitable. Habituellement, ce n'est que lorsque leur mariage s'écroule, au moment de l'introduction de l'instance en divorce, que les personnes mariées se rendent compte que le principe de communauté économique, qui constitue à notre avis une entente tacite fondamentale pour une majorité de couples canadiens mariés, n'est pas reconnu par le droit de la séparation de biens. Tout recours à la loi visant à mettre fin au lien économique existant entre les époux d'une manière qui corresponde à l'entente tacite existant au cours du mariage reste vain et sans effet.

Le partage différé est conçu avant tout pour agir à ce stade du mariage, soit en l'espèce lorsque les liens du mariage se sont détériorés au point que les époux en sont obligés à recourir à leurs droits plutôt qu'à des accords économiques basés sur la confiance et le respect mutuels. Lorsque l'on arrive à cette extrémité, le régime de partage différé prévoit la séparation de biens des époux. Chacun de ces derniers est libre, sauf quelques exceptions destinées à protéger les intérêts de l'autre, de prendre possession, d'acheter, de vendre et de disposer en

général de ces biens comme il l'entend. Toutefois, lorsque survient le divorce ou une situation semblable entraînant la dissolution du régime matrimonial, les deux époux sont admis à recevoir une part égale des gains nés du mariage, quel que soit l'époux qui travaille à l'extérieur ou qui achète un bien particulier avec son argent. On peut donc dire que le régime de partage différé a deux conséquences: l'autonomie de chacun des époux au cours du mariage et leur égalité à sa dissolution.

La principale difficulté posée par un régime de partage différé est de trouver la formule permettant de déterminer «l'ensemble du produit financier du mariage», c'est-à-dire la masse devant être partagée également entre les époux à l'occasion par exemple du divorce. Il s'agira donc de déterminer les biens détenus par chacun des époux au moment du divorce puis d'en soustraire les dettes courantes ainsi que la valeur des biens détenus avant le mariage et celle des biens acquis au cours du mariage par héritage ou libéralité d'un tiers. La valeur restante correspond à la valeur nette des biens que chacun des époux a acquis au cours du mariage. Les gains nets du mari sont ajoutés à ceux de la femme et chacun d'eux a droit à une moitié du total. Cela reviendra en pratique pour l'époux dont les gains nets réalisés au cours du mariage sont plus élevés que ceux de l'autre à verser à ce dernier un «paiement de compensation», de manière à égaliser la situation financière de chacun.

La proposition de l'Ontario n'exclut aucune catégorie de biens du partage tels que «les biens propres du mari acquis avant le mariage» ou «les biens propres de la femme acquis au cours du mariage», de même qu'elle ne prévoit pas la création, comme dans la communauté de biens, d'une catégorie de «biens susceptibles d'être partagés». L'ensemble des biens de chacun des époux lui appartient en propre en tout temps. Le régime proposé s'attache à la *valeur des biens*. Lors de la dissolution du régime, la valeur de l'ensemble des biens de chacun des époux sera réputée partageable sauf preuve contraire.

Un des principes clés du régime de l'Ontario prévoit le partage de l'ensemble des plus-values et des fruits provenant des biens non partageables (biens acquis avant le mariage, par exemple). D'autre part, toute diminution de la valeur d'un bien non partageable sera pris en compte lors de la déduction de ce bien. Une telle disposition évite d'avoir à rechercher l'origine de sommes d'argent et de biens précis qui présente une telle complexité en matière de biens propres dans le cadre des régimes de communauté de biens. La tenue d'une certaine comptabilité sera encore nécessaire, puisque chacun des époux devra prouver que la valeur des biens non partageables a été préservée de manière à la soustraire du montant de son actif net au moment du partage. En règle générale toutefois, la proposition de partage différé

de l'Ontario est beaucoup plus simple sur ce point qu'un régime de communauté de biens.

Les dettes et la responsabilité civile encourues par chacun des époux continueront à leur appartenir en propre. Il n'y aura donc aucune modification du droit en ce qui concerne les tiers créanciers qui seront soumis au même régime qu'au titre du droit actuel. Les conséquences économiques dans le cadre de la province de l'introduction d'un tel régime seront encore diminuées par la recommandation portant que le privilège du créancier d'une personne mariée passe avant tout versement compensatoire fait au conjoint. Les commerçants, les détaillants et, en règle générale, les tiers faisant affaire avec les personnes mariées n'encourront donc pas plus de risques de n'être pas payés sous le régime de partage différé de l'Ontario que sous le régime actuel de la séparation de biens.

L'adoption d'un régime de partage différé amènerait à exercer certains contrôles sur les libéralités exercées par les époux en faveur des tiers lorsqu'elles sortent de l'ordinaire, ainsi que sur les ventes fictives ou sur la création de certains types de société qui mettent tous en danger les intérêts de l'un des époux dans l'éventualité d'une dissolution du régime matrimonial. Si on excepte ces précautions, l'adoption d'un régime de partage différé n'entraînera aucun recours supplémentaire aux tribunaux chargés de régler les questions de patrimoine des époux.

Il a été proposé que la cour chargée de contrôler la procédure de dissolution du régime matrimonial ne puisse disposer d'un pouvoir général d'appréciation lui permettant de déroger au principe du partage en parts égales. Un pouvoir de ce type très limité et réservé à des situations bien précises a été recommandé lorsque l'application sans discernement du principe de l'autonomie au cours du mariage et de l'égalité à sa dissolution «donnerait lieu à des résultats par trop injustes». Remarquons toutefois que la Commission de réforme du droit de l'Ontario a bien précisé qu'une «faute conjugale» ne devrait avoir aucune influence sur le partage au moment de la dissolution.

Le projet de l'Ontario ne fait aucune exception concernant les actifs d'ordre commercial au moment du partage. Si ces actifs sont nés du mariage, la valeur en sera partagée comme elle le serait s'il s'agissait d'autres biens. Il a été recommandé toutefois, compte tenu des impératifs posés par les entreprises, que l'époux qui en est propriétaire et qui doit verser un paiement compensatoire à son conjoint pourra le faire, moyennant intérêt, par versements échelonnés sur une période allant jusqu'à dix ans, après constitution d'une sûreté appropriée.

Le régime de partage différé reste complexe dans les détails, même s'il est loin de l'être autant qu'un régime de communauté de biens et, à

l'image des autres orientations examinées dans le présent document de travail, ses répercussions sont nombreuses dans des domaines autres que le régime matrimonial des époux. Toute province qui désirerait adopter ce système devrait entre autre revoir certains aspects du droit concernant les assurances, les pensions, les successions testamentaires, l'obligation d'entretien du conjoint et des enfants, et les conflits de droits. Une intervention du pouvoir fédéral serait par ailleurs nécessaire, en matière d'impôt principalement. Les conséquences qu'aurait cependant une telle adoption sur le droit et les pratiques commerciales aujourd'hui en cours dans le cadre du régime de séparation de biens ainsi que sur d'autres pratiques en usage dans la collectivité n'auraient aucune commune mesure avec la réorganisation qu'impliquerait l'introduction d'un régime de communauté de biens. En outre, compte tenu du fait que les époux seraient soumis à une séparation de biens jusqu'au moment du divorce ou de la dissolution de leur régime par un autre moyen, ni eux ni les tiers ne seraient obligés d'être parfaitement au courant du fonctionnement du nouveau système juridique pour que celui-ci fonctionne sans heurts.

Bien qu'en la matière il soit difficile de se prononcer avec certitude, nous estimons qu'un régime de partage différé entraînerait moins de conflits judiciaires que les autres orientations déjà étudiées.

Deux caractéristiques au moins de ce régime seront considérées par certains comme de sérieux inconvénients. À l'image du système discrétionnaire, il ne permet pas aux époux de bénéficier d'un droit immédiat à une part égale des bénéfices financiers nés du mariage. Il présente l'avantage, par rapport au système discrétionnaire, de conférer à l'époux non propriétaire des droits et non une reconnaissance éventuelle par le juge chargé de prononcer le divorce, mais ces droits sont, comme l'indique son titre, différés. Même si l'intérêt psychologique et pratique du droit de propriété immédiat que l'on trouve dans les régimes de communauté de biens entraîne avec lui un cortège de difficultés, il ne faudrait pas en négliger l'importance. Là comme ailleurs, le système de partage différé, en repoussant les droits dans l'avenir, constitue un compromis entre un régime qui dépend entièrement de la discrétion judiciaire et les droits immédiats conférés par les régimes de communauté de biens.

Le deuxième inconvénient possible des régimes de partage différé est lui aussi commun avec les régimes discrétionnaires. Comme celui-ci, il assume l'héritage du régime de séparation de biens. Cependant, le droit à l'égalité qui constitue le fer de lance du régime de partage différé s'oppose fondamentalement à presque tous les grands abus entraînés aujourd'hui par les régimes de séparation de biens. La conception figée de l'inégalité des sexes en droit et en fait que l'on retrouve dans ces

derniers est contrecarrée par l'esprit qui caractérise la séparation différée. Prenant conscience de cette réalité, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a estimé qu'il n'est pas possible de réformer la loi dans le sens d'une participation égale des époux aux bénéfices financiers du mariage sans recommander par la même occasion que l'on modifie substantiellement certains principes qui sous-tendent le droit de la séparation de biens. Certaines modifications importantes ont donc été recommandées afin d'égaliser les obligations d'entretien entre époux vis-à-vis d'eux-mêmes et de leurs enfants; de leur conférer des droits égaux sur les comptes bancaires conjoints et les fonds communs, sur les transferts de biens entre époux, sur l'allocation consacrée aux soins du ménage et sur la maison matrimoniale. Des recommandations ont aussi été prises en faveur de l'abrogation d'un certain nombre de lois discriminatoires en fonction du sexe, dont certaines concernent à la fois l'homme et la femme, mais qui pour la plupart lèsent avant tout la femme mariée.

Le fait d'instituer un système de partage différé sur les bases de la séparation de biens ne constitue un inconvénient que dans la mesure où le Parlement tolère que l'on en conserve l'esprit ou la tradition basée sur l'inégalité sexuelle. S'il est possible de réaliser l'autonomie individuelle que permet le régime de séparation de biens sans pour cela recourir à une discrimination sexuelle déplorable, nous ne voyons aucune objection à ce que l'on conserve cette structure juridique une fois amendée afin qu'elle continue à régir la distribution des droits de propriété entre les personnes mariées dans le cadre d'un régime de partage différé.

Examen de certaines positions de principe

Toute législation qui envisage la création d'un certain type de partage différé devant remplacer un régime de séparation de biens doit faire face à un certain nombre de choix difficiles sur le plan des principes. Le premier d'entre eux porte sur le problème de savoir si l'inconduite conjugale doit pouvoir modifier le partage des biens du couple.

Inconduite conjugale et partage des biens du couple

L'inconduite conjugale est un problème moral que la loi a souvent cherché à régler dans le passé avec plus ou moins de bonheur. Il lui reste encore à apprendre à s'effacer en face d'un problème aussi difficile. Les sciences humaines ont maintenant prouvé que les causes ou l'origine des conduites que les tribunaux qualifient de «reprochables» ou «blâmables» chez les personnes mariées peuvent difficilement faire l'objet d'une interprétation aussi manichéenne que ne semble l'indiquer le droit. À moins de procéder à un examen psychiatrique rigoureux de l'ensemble des relations passées entre les époux, il est difficile de faire en sorte que la justice puisse s'appliquer réellement dans un système qui considère que les questions morales déterminent les liens de propriété. Et la plupart des audiences de divorce sont loin de procéder avec cette rigueur, ou les tribunaux de disposer des outils suffisamment modernes qui leur permettraient de résoudre ces problèmes avec toute la certitude que nous voudrions y voir lorsqu'il s'agit comme ici de disposer de droits de propriété de grande importance qui représentent souvent le fruit du travail de toute une vie.

Il est possible que l'inconduite conjugale puisse constituer une raison légale de divorce, mais cela ne justifie pas pour autant que l'on puisse s'en prévaloir pour imposer une sanction économique à l'un des conjoints. De même que la qualité des sentiments du couple, la conduite morale d'une personne mariée n'est pas quelque chose que l'on peut évaluer en argent. De la même manière, nous ne pensons pas qu'il soit bon que le droit cherche à imposer un code de morale officiel aux personnes mariées par le biais d'une récompense octroyée par la cour sous forme de droits de propriété, ou de sanctionner une conduite quelconque par l'octroi ou le retrait de ces droits. Nous reconnaissons la valeur des efforts faits par les parlements et les tribunaux anglais

ou néo-zélandais pour régler ces questions, mais nous ne pensons pas qu'il faille les suivre sur ce point. Nous estimons donc en conclusion que l'attitude la plus sensée est de promulguer une loi excluant expressément ce genre de conduite de tout règlement judiciaire des droits de propriété des époux.

Partage des actifs commerciaux

Un autre problème difficile qui se pose lors de tout partage de biens, qu'il s'agisse d'un régime discrétionnaire ou de règles fixes, consiste à se demander si les actifs commerciaux appartenant à l'un des conjoints doivent automatiquement être partagés avec l'autre, ou si l'on doit s'en tenir pour le partage à ce que l'on appelle «les biens familiaux», en l'occurrence la maison familiale, ses meubles et autres biens dont les époux ont disposé en commun. L'un des principes régissant le partage des biens consiste à dire que les époux qui contribuent chacun à leur manière au bien-être de la communauté, participent également à l'acquisition et au développement des actifs acquis au cours du mariage. Toutefois, lorsqu'une partie de ces actifs provient d'une entreprise (ou de l'activité professionnelle indépendante) de l'un des époux, il n'est pas sûr que l'on puisse affirmer, comme on l'a fait jusqu'à présent, que son conjoint reste étranger à son acquisition ou à son amélioration. Même si nous reconnaissons la valeur des arguments exprimés en faveur de la thèse contraire, nous n'en croyons pas moins que ces actifs devraient être partagés, compte tenu de certains aménagements juridiques permettant d'amortir l'effet de ce partage dans certains cas précis.

Le mariage constitue une entreprise économique pour chacun des époux, même si aucun d'entre eux ne se lance dans des activités lui procurant des bénéfices qui sont directement le produit de son esprit d'entreprise. Les aléas de la fortune, bons ou mauvais, lient indistinctement l'un et l'autre des époux. L'époux qui, à l'image de la femme au foyer, ne gagne aucun salaire, lie irrévocablement sa fortune économique à celle de son conjoint, qu'il s'agisse d'un homme d'affaires ou d'un salarié. Les risques d'échec de cette entreprise menace aussi bien la situation de l'un ou de l'autre des époux et, à notre avis, les bénéfices en cas de succès devraient être partagés de la même manière que le sont les risques.

Nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle le conjoint non entrepreneur n'a, ou ne devrait avoir selon la loi, qu'un simple rôle de faire-valoir. Il s'agit là d'une situation de dépendance qui ne devrait plus avoir cours de nos jours. L'abandon d'une telle conception n'est pas une simple question de réforme du régime matrimonial mais plutôt

une obligation d'entretien entre époux par laquelle ils s'engagent l'un envers l'autre devant la loi. C'est donc en fait faire preuve d'une logique qui n'existe pas aujourd'hui dans le domaine plus large du droit de la famille que de demander qu'en matière de régime matrimonial, aucune distinction ne soit faite entre actifs provenant de l'exploitation d'une entreprise, actifs provenant de salaires ou actifs pouvant être regroupés dans la catégorie des «biens familiaux». Nous estimons en conséquence qu'il s'agit là d'un principe fondamental devant servir de base à toute réforme du droit de la famille et qu'il conviendrait de l'adopter de ce fait dans tous les domaines du droit portant sur le partage des biens entre époux.

Rétroactivité

Toute législation qui adopte un nouveau régime de partage des biens se trouve placée devant un problème de rétroactivité; en l'espèce, quel doit être le régime applicable aux personnes mariées avant et après l'entrée en vigueur de la réforme.

Il est possible d'affirmer que la loi n'est pas fondée à reconsidérer les droits déjà accordés et que toute personne mariée antérieurement en vertu du régime de la séparation de biens ne devrait pas pouvoir être tenue de se soumettre au nouveau régime à moins qu'elle n'en exprime l'intention. Il semble que ce soit là le raisonnement que s'est tenue la Commission de réforme du droit de l'Ontario lorsqu'elle a proposé que les personnes déjà mariées au moment où le régime de partage différé entrera en vigueur auront la possibilité d'opter pour ce nouveau régime ou de conserver le régime antérieur.

Il convient de faire remarquer que parmi les quatre législations ayant accordé à leurs tribunaux des pouvoirs discrétionnaires en matière de partage des biens entre époux (celles de la Colombie-Britannique, des Territoires du Nord-Ouest, de Nouvelle-Zélande et d'Angleterre), aucune n'a prévu d'exceptions pour les personnes mariées qui sont tenues de se conformer au nouveau régime lorsque celui-ci entre en vigueur. Dans cette mesure, il est possible d'affirmer que ces nouvelles lois sont rétroactives.

Il est possible toutefois de soutenir que l'adoption d'un régime de communauté de biens ou d'un partage différé, qui introduisent des modifications de nature plus fondamentale, ne peut se faire sans que certaines possibilités de choix ne soient laissées aux personnes déjà mariées concernant le régime qui leur sera applicable.

Nous sommes portés à faire la même analyse en cette matière que la Commission de réforme du droit de l'Ontario, sauf sur un point essentiel. Il nous semble qu'il serait préférable qu'un régime de com-

munauté de biens ou qu'un système de partage différé s'applique à toutes les personnes mariées au moment de l'entrée en vigueur de la loi à moins qu'elles ne choisissent de conserver le régime antérieur, et non le contraire. Nous ajouterons que cet avis concorde avec ce que l'on nous a dit être l'opinion de la majorité des personnes assistant à une série de réunions publiques placées sous l'autorité du procureur général de l'Ontario sur proposition de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, de même qu'à la position adoptée par la majorité des délégués d'une conférence importante sur le droit de la famille patronnée par le Conseil de l'Ontario sur la situation de la femme, en octobre 1974.

Nous comprenons par ailleurs la position prise par les quatre législations qui ont choisi d'accorder aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de prendre des ordonnances permettant le transfert des biens d'un époux à l'autre plutôt que d'octroyer à chaque époux des droits de propriété précis. S'agissant tout particulièrement du divorce, nous sommes d'avis que, dans une législation où les personnes mariées ne peuvent avoir accès à la communauté de biens ou au partage différé, la cour doit pouvoir exercer dans chaque cas ce genre de pouvoir discrétionnaire, sans avoir à examiner si les époux étaient déjà mariés avant que ce pouvoir ne lui soit conféré et alors qu'ils n'avaient pas la possibilité de demander l'application de ces pouvoirs discrétionnaires à leur régime matrimonial.

Égalité

Il s'agit de savoir, lorsqu'on adopte un régime de partage des biens, si l'on désire que l'époux qui ne travaille pas reçoive une *certaine* partie des biens ou si l'on veut que ces biens soient partagés également entre les époux au moment de la dissolution du mariage.

Le principe d'égalité est à la base de tout régime de communauté de biens ou de partage différé. Même si ces régimes laissent traditionnellement aux tribunaux une certaine latitude concernant l'égalité du partage dans certains cas précis, c'est avant tout le régime discrétionnaire qui présente le plus d'incertitude en matière d'égalité du partage. Aucun des régimes discrétionnaires dont nous avons parlé dans ce document de travail ne présente l'égalité du partage comme un des objectifs du législateur. Une cour d'appel anglaise a décrit la méthode suivie par le système discrétionnaire de ce pays dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] Si nous n'envisagions que la répartition du patrimoine du couple, et plus particulièrement de la maison familiale, nous serions tentés de les diviser par moitié ainsi que l'a fait le juge. Une telle méthode serait tout à fait équitable si la femme arrangeait ensuite elle-même ses affaires, sans présenter d'autres demandes au mari. Il

> s'agirait alors simplement de diviser les actifs de la communauté. Une telle solution s'imposera peut-être à l'avenir. Mais à l'heure actuelle, peu de femmes se contentent d'une part du patrimoine du couple. La plupart désirent qu'en plus leur mari leur verse périodiquement une certaine somme à titre d'entretien, puisque après le divorce il va gagner beaucoup plus qu'elles et que seule son aide leur permettra de jouir de leur train de vie antérieur. En outre, le mari doit payer pour ses enfants sur ses gains, même s'ils sont avec sa femme. Compte tenu de tous ces prélèvements qui seront opérés sur les gains à venir du mari, nous estimons que la femme n'est pas fondée à recevoir en même temps la moitié du patrimoine et la moitié des gains futurs.

Nous estimons que l'égalité en matière de biens est un but qu'il convient de rechercher dans un régime discrétionnaire comme dans tout autre régime de partage des biens. Ainsi que nous le montre toutefois la citation précédente, il existe une possibilité d'inégalité du fait que, malgré la division des biens au moment du divorce, «la plupart (des femmes) désirent en plus que leur mari leur verse périodiquement des sommes à titre d'entretien . . .». Si l'on s'attend à ce que la plupart des maris soient obligés de changer leur attitude au sujet de leurs droits de propriété, il n'en est pas moins vrai que l'attitude de la plupart des femmes devra changer au sujet de leur entretien, tout particulièrement à la suite d'un divorce lorsqu'il n'y a pas d'enfant ou lorsque les enfants du ménage ne nécessitent pas un soin constant. Dans le cadre d'un régime de répartition discrétionnaire, les questions de propriété et d'entretien ne seraient pas soumises à la distorsion qui existe actuellement entre la rigidité du régime de séparation de biens et la souplesse relative de l'entretien tel que le définit la *Loi sur le divorce*. Dans le passé, ce mélange de rigidité concernant les droits de propriété et de souplesse au sujet de l'entretien a le plus souvent permis d'accorder une compensation à la femme mariée par trop défavorisée au moment du divorce par le régime de séparation de biens. Nous estimons que la recherche de l'égalité du partage des biens constitue la meilleure mesure législative à prendre et, compte tenu de ce que nous affirmerons aux paragraphes suivants, il conviendrait qu'une telle politique soit mise en œuvre dans la nouvelle loi portant sur le partage des biens des époux.

Toutefois, le partage égal des biens des époux suppose l'adoption d'une réforme connexe et tout aussi fondamentale concernant l'obligation d'entretien des époux, aussi bien durant le mariage qu'à la suite du divorce. Une fois ceci réalisé, le système discrétionnaire, de par sa souplesse, semble devoir offrir certains avantages par rapport à la communauté de biens ou au partage différé, du moins dans les législations où la réforme du droit régissant les biens des époux a précédé la réforme de l'obligation d'entretien. Sans vouloir aborder dès à présent des sujets que nous examinerons plus en détail à l'avenir, nous estimons présente-

ment que le droit doit s'orienter vers l'égalité du partage des biens au moment du divorce et, compte tenu de certaines exigences spéciales dans des cas précis, s'éloigner du principe d'entretien qui se fait en fonction du sexe de l'époux et d'une certaine conception des rôles dans le ménage.

Ainsi que l'a indiqué la cour d'appel anglaise, l'idée de la femme arrangeant ses propres affaires après un partage par moitié du patrimoine du couple est une chose qui peut s'envisager à l'avenir. C'est toutefois le présent qui nous intéresse et nous devons admettre qu'une période de transition sera probablement nécessaire entre la situation actuelle qui ne reconnaît aucun partage de biens et accorde à la femme des mensualités relativement élevées au titre de son entretien après le divorce, et la situation que l'on peut envisager à l'avenir prévoyant le partage égal des biens du couple et la réduction, ou même l'élimination dans certains cas, de l'obligation d'entretien en faveur du conjoint qui ne travaille pas. Parmi les trois orientations examinées dans ce document de travail, le système discrétionnaire semble le plus approprié à la reconnaissance des aspirations, des besoins et des droits légitimes des personnes qui divorceraient au cours d'une telle période de transition. D'autre part, lorsque les inconvénients du système discrétionnaire semblent vouloir dépasser ces avantages, amenant une juridiction à préférer un régime matrimonial qui met l'accent sur un certain nombre de droits fixes, il semble qu'il serait encore utile de permettre aux tribunaux de disposer d'un certain pouvoir discrétionnaire au moment du divorce, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de régler les problèmes concernant le maintien de l'équilibre entre le partage des biens et l'obligation d'entretien d'un époux envers l'autre. Ainsi que nous l'avons indiqué toutefois, nous estimons que de telles dispositions se révèlent moins indispensables à mesure que la femme améliorera son statut économique dans la société. Quoi qu'il en soit, l'objectif premier revient à demander à la loi de permettre le partage égal des biens des époux au moment du divorce tout en prévoyant une obligation d'entretien exempte de discrimination sexuelle.

Quelques considérations supplémentaires

Le maintien de l'obligation d'entretien

Même si l'apparition de la séparation de biens au moment du divorce aura des conséquences directes sur l'obligation d'entretien, ce partage ne consacrera pas le remplacement de l'obligation d'entretien par une répartition de biens. La plupart des couples n'acquièrent que relativement peu de biens au cours du mariage et, de toute façon, il n'y aura pas de relation automatique entre le montant des biens promis au partage et la somme devant pourvoir à l'entretien de l'époux qui en aura besoin après la dissolution du mariage. Ces besoins seront bien évidemment différents selon que la personne disposera ou non de biens au moment de la dissolution du mariage, mais ils ne disparaîtront pas automatiquement du seul fait du partage des biens. La valeur des biens à la disposition d'un des époux au moment où celui-ci s'adresse à la cour pour son entretien à la suite d'un divorce constituera simplement un élément supplémentaire que la cour devra apprécier au moment de décider de l'éventualité de cet entretien et, le cas échéant, de son montant et de sa durée.

Objectif global de la réforme du droit de la famille

Nous voudrions faire remarquer que le partage des biens, tout particulièrement du point de vue fédéral qui le considère davantage sous l'angle du divorce, ne constitue qu'une des solutions aux nombreux problèmes juridiques touchant à l'institution du mariage. Le partage des biens signifie que les avantages et inconvénients découlant de la fonction de chaque conjoint à l'intérieur du couple se trouvent éliminés dans une grande mesure sur le plan économique. Nous estimons d'autre part que cette mesure répond à un objectif tout à fait légitime, qui est d'extirper des régimes de séparation de biens toutes les entraves légales en fonction du sexe à la réalisation personnelle et à la pleine participation des membres du couple à l'intérieur de la société, et de créer en droit les mêmes responsabilités et les mêmes possibilités pour toutes les personnes mariées du jour du mariage au jour de sa dissolution par le divorce ou la mort d'un des conjoints. Lorsque de telles inégalités sont consacrées par la loi, cette loi doit être changée.

Nous estimons par ailleurs qu'une telle réforme du droit de la famille permettra d'augmenter l'éventail de choix qui s'offre aux personnes mariées des deux sexes, ce qui suppose l'octroi d'une plus grande liberté individuelle. Les soins accordés aux enfants, le revenu de la famille et l'administration du ménage continueront à constituer des objectifs d'importance pour la famille canadienne moyenne. La réforme du droit privé ne peut toucher à ces problèmes. Par contre, elle permet de s'assurer que les hommes et les femmes mariés sont libres de se consacrer à ces tâches en fonction de leurs préférences individuelles, et tenus de s'acquitter de leurs responsabilités légales correspondantes en fonction de leurs moyens et de leurs possibilités, indépendamment de tout stéréotype sexuel imposé par la loi ou de toute intervention de cette dernière dans la distribution des rôles dans le ménage.

Conclusions

Égalité devant la loi des personnes mariées

Le droit de la séparation de biens traditionnellement appliqué dans la plupart des juridictions canadiennes lorsqu'il s'agit de définir, au moment du divorce, les droits de propriété respectifs des époux a besoin d'être modifié de manière substantielle. Même si nous nous attachons avant tout à étudier l'application du droit fédéral du divorce concernant les personnes dont les droits de propriété sont régis par des lois provinciales, la présente étude nous a convaincus qu'une réforme du droit sur le seul plan du divorce serait très insuffisante et ne permettrait pas d'instaurer une complète égalité financière des personnes mariées.

L'égalité devant la loi doit être le but premier de toute réforme dans ce domaine.

Le mariage entraîne presque inévitablement une distribution des rôles entre les époux. Le droit commun qui s'applique en matière de biens à la cellule familiale dans le cadre des régimes de séparation de biens n'en tient aucun compte. Il s'ensuit non seulement une inégalité sur le plan économique mais aussi le refus de reconnaître les droits, la dignité et la valeur de l'époux qui élève les enfants et s'occupe des soins ménagers par rapport à celui qui travaille à l'extérieur.

Nous pensons que les lois doivent assurer à chacun des époux, indépendamment de la distribution des rôles à l'intérieur du couple, le droit de participer également aux gains financiers du mariage lors de la dissolution de celui-ci. Il ne s'agit là toutefois que d'une solution partielle à un problème d'ensemble beaucoup plus large. L'ensemble du droit portant sur la séparation de biens se caractérise par une discrimination déplorable envers les deux sexes, non seulement en ce qui concerne certaines règles particulières portant sur les droits de propriété, mais aussi du fait d'une tradition discriminatoire en matière de convention, d'interprétation et de présomption ayant force de loi. Un certain nombre de celles-ci affectent l'homme marié, mais la plupart s'adressent à la femme mariée. Toutes ne portent pas sur les biens au sens étroit du terme, mais la plupart concernent les relations financières entre personnes mariées ou les obligations et incapacités financières de l'un ou l'autre des époux vis-à-vis des tiers, et par là même

exercent une influence sur la répartition des biens entre époux au cours du mariage. Quel que soit le sexe visé en particulier par telle ou telle loi discriminatoire, il s'agit de considérer que c'est l'ensemble de la société qui en subit les conséquences. Le véritable problème n'est donc pas, en conséquence, de savoir s'il doit y avoir un partage des biens entre personnes mariées, mais plutôt si l'on veut une égalité en droit entre les personnes mariées, ce qui dépasse même le cadre important du partage des biens. Sans hésiter, nous nous prononcerons affirmativement sur ce problème. Le partage des biens fait partie, et doit être considéré comme faisant partie logiquement, d'un corps de loi s'appliquant aux personnes mariées de manière à assurer leur égalité et non à constituer l'ultime incohérence venant coiffer l'ensemble des règles et des conceptions contradictoires, irrationnelles et discriminatoires qui sont le fait aujourd'hui du régime de séparation de biens. Si l'on veut que le droit remédie aux inégalités entre l'homme et la femme mariés, et nous considérons qu'il s'agit là d'une fonction essentielle du droit devant permettre une véritable égalité à l'intérieur du couple, ce droit doit partir en conséquence des fonctions et du rôle que chacun des époux joue effectivement à l'intérieur du couple et non de suppositions législatives ou judiciaires s'appuyant sur des stéréotypes de type sexuel.

Nous affirmons que le droit actuel de la séparation de biens en vigueur dans la majorité des juridictions canadiennes refuse aux femmes mariées, du fait qu'il insiste sur le droit de propriété de l'acheteur du bien, la possibilité de disposer d'une part des gains financiers du mariage. Parallèlement, cette même loi qui exige que le mari travaille, refuse à celui-ci la possibilité de participer pleinement aux soins et à l'éducation des enfants ou de prendre part aux tâches moins glorieuses, mais non négligeables pour autant, des soins du ménage. Nous estimons que les deux sexes, même s'ils sont lésés différemment par l'existence d'un tel régime légal, le sont tout autant l'un que l'autre. On a beaucoup parlé d'accorder la possibilité à la femme mariée qui le désire de trouver un travail qui lui permette de se réaliser sur le plan humain en dehors du foyer familial. Nous estimons que l'on peut en dire tout autant au sujet de la possibilité pour l'homme marié de s'occuper des tâches de son foyer familial.

Il est évident que les modifications de la loi actuelle ne modifieront pas fondamentalement les attitudes sociales sur ce sujet. Elles peuvent par contre permettre aux personnes mariées de disposer d'une plus grande liberté de choix en cette matière, et de décider par elles-mêmes la manière dont elles conçoivent les relations à l'intérieur de leur couple, compte tenu de leurs capacités, de leurs besoins financiers ou psychologiques et de leurs intérêts affectifs. Il faudra que ce choix puisse

être effectué en l'absence de toute pression économique consacrée par le droit, telles par exemple les pratiques d'embauche qui défavorisent la femme mariée par rapport à son conjoint en raison du fait que ces derniers, et eux seuls, sont considérés comme chargés de famille, ce qui entraîne pour la femme mariée l'impossibilité de participer activement à la vie économique de la société du fait des atteintes légales que l'on porte à son droit d'emprunter de l'argent et de bénéficier en général du crédit; et ce qui permet d'affirmer apparemment en toute logique que c'est le mari qui doit rapporter l'argent à la maison pour la seule raison qu'étant un homme, son salaire sera plus élevé et sa carrière plus intéressante que celle de sa femme.

Nous nous opposons fortement à ce que la loi, au lieu de laisser les personnes mariées libres de leur choix, leur dicte en fonction de leur sexe la manière dont elles devront se comporter une fois mariées, leur demandant d'être à charge pour ensuite les pénaliser financièrement en raison de ce rôle. Nous ne pensons pas qu'il soit possible de discuter valablement du partage des biens sans remettre en question les principes qui soutiennent le droit actuel en matière de séparation de biens. Le partage des biens n'est pas un but à rechercher en soi. Il s'agit davantage d'une étape qui mène à l'égalité devant la loi des personnes mariées des deux sexes.

Exemple de mutations de régime

Nous ne voulons pas imposer aux différentes juridictions canadiennes l'adoption de l'une des trois grandes orientations examinées en matière de partage des biens dans le présent document de travail. D'ailleurs ces trois orientations ne s'excluent pas obligatoirement l'une l'autre et il serait plus exact d'affirmer qu'elles constituent un exemple des trois grandes directions vers lesquelles se sont orientées les législations ayant cherché à instaurer un régime plus équitable que le droit traditionnel de la séparation de biens. En outre, ces trois orientations sont susceptibles d'être modifiées, variées ou combinées à l'envie. C'est ainsi qu'une province ou un territoire pourrait accorder à ses tribunaux le pouvoir discrétionnaire de transférer des biens entre mari et femme au moment du divorce. Cette même juridiction pourrait alors instituer un régime de partage différé ou de communauté de biens qui constituerait le cadre juridique s'appliquant à l'ensemble des personnes mariées postérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau régime. Les personnes mariées après cette date recevraient ainsi la possibilité d'abandonner le régime de partage différé ou de communauté de biens pour entrer dans celui de la séparation de biens accompagnée du pouvoir discrétionnaire. Les personnes mariées avant cette date auraient la possibilité d'opter pour le

partage différé ou le régime de communauté de biens. Par la même occasion, cette province ou ce territoire pourrait instituer un régime spécial de communauté de biens s'appliquant indistinctement à l'ensemble des personnes mariées mais ne portant que sur la maison familiale, sur laquelle les époux copropriétaires disposeraient conjointement de droits d'occupation, d'administration et de disposition, quel que soit le régime applicable à leurs autres biens. Tout cela pour dire qu'il n'existe pas en matière de biens un régime idéal dont nous recommandons l'adoption aux juridictions canadiennes, mais que l'une quelconque des orientations décrites au cours de cette étude, ou l'une quelconque des combinaisons que l'on peut imaginer entre elles, permettra d'améliorer de manière significative le droit traditionnel de la séparation de biens.

Répercussions fiscales

Toute redistribution importante des droits de propriété et des obligations financières à l'intérieur de la structure familiale entraîne immédiatement des répercussions en matière d'impôt. La nature exacte de ces répercussions dépendra évidemment du type de réforme entreprise. Même si nous savons bien que la totalité des réformes envisagées dans le cadre du présent document de travail ne seront pas appliquées au niveau fédéral, il appartiendra de toute manière au Parlement de faire en sorte que le fardeau de l'impôt individuel ne soit pas plus lourd à la suite des modifications du régime des biens et des relations financières des époux qu'il ne l'est actuellement, et que lorsqu'un transfert substantiel de droits ou d'obligations se produit entre les époux, le fardeau de l'impôt soit redistribué en conséquence. Il appartiendra de même au Parlement, du fait de la nature et de la conception même du fédéralisme, d'encourager l'application des réformes du droit de la séparation de biens dans l'ensemble des provinces et des territoires en participant activement à ces réformes par le biais de la modification de la loi sur l'impôt et des lois concernant en général les relations financières à l'intérieur de la famille, que ces modifications coïncident ou non avec l'opinion que se fait le Parlement du rapport juridique idéal entre l'homme et la femme mariés. Nous ajouterons que cette même obligation concernera aussi différents ministères fédéraux qui devront prendre des mesures administratives visant à encourager et non à freiner l'orientation prise en faveur de l'égalité en droit des couples canadiens.

Réaffirmation de principes

Il faut au minimum que l'on puisse disposer d'un partage de biens au moment du divorce. Il est permis toutefois de discuter l'opportunité de restreindre ce partage de biens à la procédure de divorce et de faire

ainsi de la réforme du régime des biens des époux une simple mesure en cas de divorce. Nous recommandons fortement que l'on approfondisse ces questions.

Le partage de biens doit avoir pour objectif la participation égale des époux aux bénéfices financiers du mariage, quelle que soit la distribution des rôles à l'intérieur du couple, en l'occurrence, qui travaille à l'extérieur, qui s'occupe des soins du ménage ou des enfants, au moment où l'on procède à ce partage. Nous ne pensons pas cependant que l'on puisse réformer isolément le partage des biens dans le sens de l'égalité, et nous estimons que des réformes complémentaires s'imposent de manière à créer des obligations égales pour chacun des époux en ce qui concerne leur entretien et celui des enfants. Il s'agit là d'un domaine du droit sur lequel nous reviendrons dans un document de travail ultérieur.

Nous ne pensons pas que l'inconduite morale ou l'infidélité conjugale puisse entrer en ligne de compte lors du partage des biens.

Un certain nombre de biens devraient être exemptés du partage, du moins lorsque celui-ci s'effectue selon des règles fixes. Ce sera le cas des biens acquis avant le mariage ou des biens reçus d'un tiers au cours du mariage par libéralité ou par héritage. Nous estimons toutefois que les fruits ou les plus-values provenant de ces biens non partageables devraient entrer dans le partage. Nous ne pensons pas que les actifs commerciaux ou professionnels doivent être exclus du partage.

Nous nous prononçons en faveur de l'application rétroactive totale de toute loi accordant aux tribunaux des pouvoirs discrétionnaires concernant les partages des biens à la suite d'un divorce. Nous sommes aussi en faveur de l'application rétroactive de tout régime de partage différé ou de communauté de biens, sauf si les personnes déjà mariées sous le régime précédent de la séparation de biens optent expressément pour celui-ci.

Enfin, dans le cadre plus général de la réforme du droit des biens familiaux, nous favorisons l'élimination dans le droit de la séparation de biens de toute loi qui instaure ou suppose une discrimination regrettable envers une personne mariée en fonction de son sexe. Le mariage doit être une communauté entre deux personnes jouissant de droits égaux. Il appartient au peuple canadien, agissant par l'intermédiaire de ses représentants élus, de faire en sorte que cet idéal puisse être réalisé. À notre avis, il n'est pas question de déroger à ce principe, et toute loi qui refuserait de s'y soumettre serait inacceptable.